

DIREITO DE AUTOR, LIBERDADE ELECTRÓNICA E COMPENSAÇÃO EQUITATIVA*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Para responder aos desafios da sociedade da informação e da nova economia o sistema legal tem sido reconfigurado por via da actualização de algumas das suas definições básicas. Especial importância é atribuída à propriedade sobre bens incorpóreos que circulam nas redes. Trata-se da propriedade intelectual, na vertente de direitos de autor e conexos sobre, e.g., textos, músicas, sons, imagens fixas e animadas, programas de computador ou bases de dados. Estes bens, pela sua natureza, permitem explorar todas as potencialidades do comércio electrónico directo. Todavia, nem sempre os interesses do comércio são compatíveis com outros interesses e valores, nomeadamente a promoção da educação, a liberdade de informação ou a vida privada dos utilizadores. Este estudo analisa algumas soluções no domínio dos direitos de autor que têm sido encontradas para criar um ambiente jurídico favorável à sociedade da informação e à nova economia. Como têm sido harmonizados os interesses em conflito? Que valores têm pesado mais nos pratos da balança? Que entidade tem sido a principal fonte das regras? Que papel tem desempenhado o legislador nacional num tempo de europeização e de globalização? Serão razoáveis as suas respostas?

Desenhando um breve roteiro do caminho a percorrer, diremos que num tempo de globalização dos interesses (e privilégios) do comércio mundial, baseados principalmente na instituição funcional da propriedade intelectual enquanto *ius excluendi omnes alios*, o direito comunitário segue (ou dita?) essa orientação geral, embora procure reservar um espaço de liberdade para fins de interesse geral e de salvaguarda da vida privada, mediante um sistema de compensação equitativa. Desse espaço de liberdade (ainda que remunerada) tira partido o direito local interno, impondo limites à liberdade contratual e às medidas tecnológicas de protecção no sentido de o preservar, em nome de valores que integram a tradição nacional do direito de autor, em que não é um *Alien* constitucional, e que por isso poderia talvez ter explorado mais justamente o sistema de compensação equitativa.

* Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Volume LXXXI 2005, 441-509.

§1. A harmonização comunitária do direito de autor no quadro da regulação europeia da sociedade da informação (“mercado único electrónico”)

1.1. No espaço europeu, o principal arquitecto da construção jurídica da sociedade da informação tem sido o legislador comunitário.¹ Arrancando do Relatório *Bangemann*², as instâncias comunitárias encontraram na sociedade da informação uma nova justificação para a sua actuação, na sequência da Realização do Mercado Interno³. Definiu-se um Plano de Acção⁴ e, tendo em conta a propagação dos conteúdos ilegais e lesivos na Internet e a sua alegada insegurança⁵, lançaram-se iniciativas, com destaque para a Iniciativa europeia para o comércio electrónico.⁶

Pretendeu-se, desse modo, criar um ambiente jurídico favorável à confiança nas comunicações electrónicas⁷ e assegurar a interoperabilidade dos sistemas digitais de processamento e comunicação de informação num contexto de convergência tecnológica (telecomunicações, audiovisual e informática).⁸ As instâncias comunitárias procuraram estabelecer um quadro regulamentar capaz de promover a confiança jurídica das administrações e empresas, e dos cidadãos e consumidores nos serviços da sociedade da informação e do comércio electrónico, tendo em conta um contexto de segurança técnica oferecido pelas chamadas tecnologias robustas da criptografia.⁹

No leque de prioridades dos trabalhos comunitários destacar-se-ia a protecção do direito de autor e dos direitos conexos, que foi objecto de um Livro Verde¹⁰, à semelhança do que sucedeu com a informação do sector público.¹¹

¹ Sendo questionável se não estará a criar uma nova zona de competências (ver Alexandre Dias Pereira, *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in BFD LXXVII 2001, 633). Com efeito: “Procura-se tornar tudo competência comunitária” (José de Oliveira Ascensão, *Direito cibernético: a situação em Portugal*, Direito e Justiça, XV 2/2001, 23). De todo o modo, a intervenção do direito comunitário parece quase inevitável, já que, como escreve Dário Moura Vicente: “Na origem deste fenómeno está a circunstância de o comércio electrónico e a disponibilização em rede de conteúdos informativos, na medida em que envolvam a prestação de serviços que transcendem as fronteiras de um Estado-Membro da Comunidade Europeia, terem inevitável impacto sobre o funcionamento do mercado interno.” (*Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação - Relatório*, Almedina, Coimbra, 1995, 121).

² *A Europa e a Sociedade da Informação*, Recomendação do Grupo de Alto Nível sobre a Sociedade da Informação ao Conselho Europeu de Corfu, 26.V.1994.

³ *A Realização do Mercado Interno*, COM(85) 310 final, 14.6.1985.

⁴ *A Via Europeia para a Sociedade da Informação — plano de acção*, COM(94) 347 final, 19.7.1994.

⁵ *Conteúdo Ilegal e Lesivo na Internet*, Comunicação, COM(96) 487 final, 16.10.1996; *Plano de acção para fomentar a utilização segura da Internet*, Comunicação, COM(97), 583 final, 26.11.1997.

⁶ *Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico*, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM (97) 157, 15/04/97.

⁷ *Garantir a segurança e a confiança nas comunicações electrónicas — contribuição para a definição de um quadro europeu para as assinaturas digitais e a cifragem*, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(97) 503 final, 08.10.1997.

⁸ *Convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação - para uma abordagem centrada na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(97) 623 final, 03.12.1997.

⁹ Ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina: Coimbra, 1999 (notas de actualização 2000 e 2005 disponíveis no site da editora).

¹⁰ *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.1995; v. tb. o respectivo *Seguimento* COM(96) 568 final, 20.11.1996.

Nesta linha, em ordem à construção jurídica da sociedade da informação, o legislador comunitário adoptou um pacote de instrumentos de harmonização sectorial¹², para além de um conjunto de decisões avulsas^{13,14}. Esses instrumentos vão desde a protecção de dados pessoais¹⁵ e da privacidade¹⁶ à protecção dos consumidores na contratação à

¹¹ *A Informação do Sector Público na Sociedade da Informação*, Livro Verde da Comissão, COM(98) 585 final, 20.1.1999.

¹² O legislador interno procura acompanhar o passo do legislador comunitário, mostrando-se mais lesto a lançar Iniciativas de âmbito nacional (ver, em especial, Missão para a Sociedade da Informação (MSI), *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, 1997; Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/98, e o respectivo Documento Orientador, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/99; Iniciativa Internet - Portugal Digital: Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2000) do que transpor as directivas. Não obstante, poderá dizer-se que, em Portugal, o “pontapé de saída” da construção jurídica da sociedade da informação terá sido dado pela Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto). A “impetuosidade legislativa” desta Lei, na expressão de Faria Costa (*Les crimes informatiques et autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal*, in Ulrich Sieber (ed.), *Information Technology Crime - National Legislations and International Initiatives*, *Ius Informationis - European Series on Information Law*, Vol. 6, 1994, 395), mostra bem o poder de previsão do legislador, que logo cobriu largas zonas da sociedade da informação com o manto do crime, mesmo no que respeita a domínios ainda envoltos em penumbra legal, como sucedia com a protecção dos programas de computador.

¹³ Ver, por ex., Decisão n.º 276/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Janeiro de 1999 que adopta um plano de acção comunitário plurianual para fomentar uma utilização mais segura da Internet através do combate aos conteúdos ilegais e lesivos nas redes mundiais; Decisão n.º 1999/1719/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 relativa a uma série de orientações, incluindo a identificação de projectos de interesse comum, respeitantes a redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA); Decisão n.º 1720/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho de 1999 que adopta uma série de acções e medidas destinadas a garantir a interoperabilidade das redes transeuropeias para o intercâmbio electrónico de dados entre administrações (IDA) e o acesso a essas redes; Decisão do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o combate à pornografia infantil na Internet.

¹⁴ Como documentos e iniciativas no direito comparado, fora do espaço comunitário ver, nomeadamente, nos EUA: *Green Paper On Intellectual Property And The National Information Infrastructure*, Working Group On Intellectual Property, 1994, and *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Bruce Lehman, Ronald Brown, September 1995; William J. Clinton & Albert Gore, Jr., *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1997; *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, Secretariat on Electronic Commerce, 1998 (no plano legislativo, e.g. Decency Communications Act, Electronic Freedom of Information Act, 1996, Digital Millennium Copyright Act, Cybersquatting Consumer Protection Act, Patriot Act). A nível internacional, destacam-se os trabalhos da ONU (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, adoptada pela Assembleia Geral da ONU, 9.12.2005) na sequência dos trabalhos da CNUDCI (Uncitral Model Law On Electronic Commerce 1996, with additional article 5 bis as adopted in 1998, e Guide To Enactment Of The Uncitral Model Law On Electronic Commerce, 1996), da OMPI (Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property 2000, Survey 2001; Domain Name Report) e os trabalhos e recomendações da OECD (Forum on Electronic Commerce, Progress Report on the OECD Action Plan for Electronic Commerce, Paris, Oct. 1999; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Cryptography Policy; Recommendations of the OECD Council Concerning Guidelines For Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Security of Information Systems; Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines Governing For The Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data).

¹⁵ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro); v. tb. Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; Decisão da Comissão, de 26 de Julho de 2000, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América.

¹⁶ Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (transposta pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que revoga a Lei n.º 69/98 de 28 de Outubro, que transpôs

distância (incluindo em matéria de serviços financeiros)¹⁷, passando pelo regime das assinaturas electrónicas¹⁸ e de certos aspectos dos serviços da sociedade da informação (ou comércio electrónico)¹⁹, incluindo a transparência das suas normas técnicas²⁰, bem como o regime das entidades de moeda electrónica²¹, sem esquecer a definição de um novo quadro das comunicações electrónicas (que “actualiza” as regras sobre redes e serviços de telecomunicações) e a protecção dos serviços de acesso condicional.²² Dentro desse leque de instrumentos, contam-se também as directivas sobre protecção jurídica das bases de dados²³ e sobre aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação²⁴, as quais dizem mais directamente respeito à problemática dos direitos de autor no comércio electrónico da sociedade da informação.²⁵

o a Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações).

¹⁷ Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância (transposta pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que regula também os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços); Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE. A protecção do consumidor na sociedade da informação é também objecto específico da Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação.

¹⁸ Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas (transposta pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, que altera o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 6 de Julho, e regulamentado pelo Decreto-Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho; v. tb. Decreto-Lei n.º 234/2000, de 25 de Setembro, que cria o Conselho Técnico de Credenciação como estrutura de apoio ao Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça no exercício das funções de autoridade credenciadora de entidades certificadoras de assinaturas digitais; Portaria n.º 1370/2000 (II Série), de 12 de Setembro, que define as características do contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil das entidades certificadoras; e a Portaria n.º 1350/2004, de 23 de Outubro, que regula o registo das entidades certificadoras que emitem certificados qualificados; especificamente sobre a factura electrónica, v. Decreto-Lei n.º 375/99, de 18 de Setembro, regulamentado pelo Decreto Regulamentar n.º 16/2000 de 2 de Outubro).

¹⁹ Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro).

²⁰ Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, alterada pela Directiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho de 1998 (transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000 de 18 de Abril).

²¹ Directiva n.º 2000/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro, relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial (transposta pelo Decreto-Lei n.º 42/2002, de 2 de Março).

²² Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional (transposta pelo Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, entretanto revogado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, «Lei das comunicações electrónicas», que transpõe as directivas sobre redes e serviços de «comunicações electrónicas»).

²³ Directiva 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (transposta pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 de 4 de Julho).

²⁴ Directiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação (transposta pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, alterando diversos artigos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e aditando-lhe o título VI, com a epígrafe «Protecção das medidas de carácter tecnológico e das informações para a gestão electrónica dos direitos»; esta Lei alterou também a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do CDADC).

²⁵ Outras medidas do legislador comunitário com relevo para a construção jurídica da sociedade da informação incluem, nomeadamente, o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de

Em abono da verdade, a sociedade da informação começou a ser construída pelo legislador comunitário ainda no âmbito estrito do mercado interno. Assim sucedeu com a harmonização comunitária da protecção jurídica dos programas de computador pelos direitos de autor²⁶ – senão mesmo já com a protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores²⁷ –, na sequência de um Livro Verde da Comissão²⁸, escrito na linha do referido Livro Branco de 1985, que anuncia o programa dirigente da actuação comunitária neste domínio. Aliás, à semelhança do que tem sucedido em outros domínios, nomeadamente a defesa do consumidor²⁹ ou a propriedade industrial³⁰, os direitos de

2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, e o Regulamento (CE) n.º 733/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo.eu.

²⁶ Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (transposta pelo Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro).

²⁷ Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores (transposta pela Lei n.º 16/89, de 30 de Junho, agora formalmente revogada pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que aprova o “novíssimo” Código da Propriedade Industrial). Ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Circuitos Integrados: Protecção Jurídica das Topografias de Produtos Semicondutores*, in *Direito Industrial*, II, Coimbra, Almedina, 2002, 309.

²⁸ *Os direitos de autor e o desafio da tecnologia — Aspectos dos direitos de autor que requerem acção imediata*, COM(88) 172 final, 16.3.1988.

²⁹ Ver, nomeadamente, Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, a Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis («time-sharing»), Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano, Resolução do Conselho de 19 de Janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação, Recomendação da Comissão de 4 de Abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»).

³⁰ Ver, nomeadamente, Primeira Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1988 que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (89/104/CEE), Directiva 87/54/CEE do Conselho, de 16 de Dezembro de 1986, relativa à protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores, Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária, Directiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à protecção jurídica das invenções biotecnológicas, Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos, Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho de 12 de Dezembro de 2001 relativo aos desenhos ou modelos comunitários, Regulamento (CEE) n.º 2081/92 do Conselho, de 14 de Julho de 1992, relativo à protecção das indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios (alterado pelos Regulamentos (CE) n.º 535/97 do Conselho, de 17 de Março de 1997, n.º 1068/97 da Comissão, de 12 de Junho de 1997, e n.º 2796/2000 da Comissão de 20 de Dezembro de 2000), Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho de 27 de Julho de 1994 relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais, Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 8

autor e conexos têm sido objecto de diversos instrumentos de harmonização comunitária, como sejam, para além dos já referidos, as directivas sobre direito de aluguer, direito de comodato e certos direitos conexos ao direito de autor³¹, radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo³², prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos³³, direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas³⁴, e sobre respeito dos direitos de propriedade intelectual³⁵.

1.2. Vamos centrar a nossa análise em alguns aspectos da directiva 2001/29/CE. Esta directiva harmoniza o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos.³⁶ Trata-se de uma harmonização marcadamente *funcional*, no sentido de que os direitos de autor e conexos são colocados ao serviço de outros valores, como resulta dos considerandos da directiva.³⁷ Além disso, não é uma harmonização completa, já que versa apenas alguns

de Junho de 1992, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos, Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, relativo à criação de um certificado complementar de protecção para os produtos fitofarmacêuticos, Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia, Regulamento (CE) n.º 3295/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, que estabelece determinadas medidas relativas à introdução na Comunidade e à exportação e reexportação da Comunidade de mercadorias que violem certos direitos de propriedade intelectual (segundo a redacção introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 241/1999 do Conselho de 25 de Janeiro de 1999).

³¹ Directiva n.º 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor (transposta pelo Decreto-Lei n.º 332/97 de 27 de Novembro).

³² Directiva n.º 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97 de 27 de Novembro).

³³ Directiva n.º 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (transposta pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro).

³⁴ Directiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas.

³⁵ Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

³⁶ Sobre os trabalhos preparatórios ver, com mais indicações, Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Studia Iuridica 55, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

³⁷ A concepção funcional dos direitos de autor é uma componente fundamental da tradição dos países anglo-saxónicos. A Lei da Rainha Ana de Inglaterra (1710) começou por colocar esta primeira lei moderna do copyright ao serviço da promoção da aprendizagem ("An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned."). A fórmula é retomada pela Constituição Americana (Art. 1, § 8, cl. 8.: "The Congress shall have power ... to Promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries"). Em vista da função constitucional que o justifica, o *copyright* é analisado enquanto instrumento de regulação económica, social e cultural (ver, por exemplo, Pamela Samuelson, *The Future of the Information Society and the Role of Copyright in It*, IIP, 1998, com Recensão nossa no Boletim da Faculdade de Direito, LXXVI 2000, 667), justificando-se as suas soluções pelos efeitos benéficos ou maléficos que produza, numa lógica custo/benefício tributária da análise económica do direito. De todo o modo, como refere Jorge de Sinde Monteiro: "A análise económica do direito, a que não seremos nós a negar interesse, poderá constituir, pensamos, uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito" (*Análise económica do direito*, BFD, LVII 1981, 249). De resto, num domínio de grande importância actual, que é a instituição de uma compensação equitativa pela reprodução para uso privado, parece que o esquema de taxas e o sistema de exclusivos podem ambos ter benefícios e custos sociais, existindo argumentos económicos disponíveis a favor e contra qualquer uma das abordagens (ver Koelman,

aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação³⁸ – embora o título possa ser enganador, já que diversos aspectos regulados não são exclusivos nem sequer específicos da sociedade da informação.³⁹

Para começar, a harmonização é considerada necessária em virtude do seu valor como instrumento de criação do mercado interno de livre concorrência (cons. 1). Depois, os direitos de autor são considerados um instrumento de protecção e promoção do desenvolvimento e comercialização de novos produtos e serviços, bem como da criação e exploração do seu conteúdo criativo (cons. 2). Além disso, os direitos de autor e conexos são entendidos como instrumento de salvaguarda e fomento de postos de trabalho (cons. 4). Um outro argumento utilizado no prefácio da directiva para justificar a harmonização destes direitos é a sua necessidade enquanto instrumento de promoção de “economias de escala” na sociedade da informação (cons. 6), e aponta-se também o desenvolvimento adequado da sociedade da informação como novo fundamento da harmonização comunitária dos direitos de autor (cons. 7). Finalmente, a harmonização comunitária apoia-se ainda no valor do direito de autor como instrumento de promoção da produção cultural europeia e de garantia da independência e dignidade dos criadores e intérpretes (cons. 11).

Em suma, estes considerandos mostram bem que a legislatura comunitária funcionaliza os direitos de autor e conexos ao mercado interno (1), ao desenvolvimento e comercialização de novos produtos e serviços, e da criação e exploração do seu conteúdo criativo (2), à salvaguarda e fomento de postos de trabalho (4), à promoção de “economias de escala” na sociedade da informação (6), ao desenvolvimento adequado da sociedade da

The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM, in *De toekomst van het auteursrecht*, Bijdragen Symposium 15.10.2004, XS4ALL, Bits of Freedom, 39-59).

³⁸ “A Directriz está muito longe de ter versado exaustivamente as questões que necessitam de harmonização a nível comunitário no domínio do direito de autor: basta pensar no ‘direito moral’ e na gestão colectiva, que continuam por harmonizar” - José de Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29 sobre aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIII 2002, 917. A legislatura comunitária parece servir-se do «lema» sociedade da informação para executar o seu programa normalizador, falando-se até já num Código Europeu do Direito de Autor, à semelhança do que se passa em outros domínios.

³⁹ Sobre a directiva 2001/29/CE ver J. Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., P. Bernt Hugenholtz, *Brussels broddelwerk. Recht en krom in de Auteursrechtstrichtlijn*, 25 AMI 1/2001, 2-8; Id., *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR 11/2000, 499 (apelidando a directiva de “monstrosity” - 502); Jörg Reinbothe, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR Int. 2001, 733-745; Thierry Desurmont, *La Communauté européenne, les droits des auteurs et la société de l’information*, RIDA 190/2001, 3; Gerald Spindler, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 2/2002, 105; M. Hart, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, EIPR 2/2002, 58; Michael Lehmann, *The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment*, IIC 34/5/2003, 521; Lucie Guibault, *Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 15, 2/2003, 537; M. Buydens, *La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information: le régime des exceptions*, A&M 2002, 429; Séverine Dusollier, *Exceptions and technological measures in the European Copyright Directive of 2001 – An Empty Premise*, 34 IIC 2003, 62.

informação (7), e à promoção da produção cultural europeia e independência e dignidade dos criadores e intérpretes (11).

Ora, será que a funcionalização dos direitos de autor e conexos a fins que tradicionalmente lhe são estranhos – à excepção dos escopos referidos nos considerandos 2, *in fine*, e 11, *in fine* -, introduz na lógica interna destes direitos novas coordenadas de regulação? Por outras palavras, terá a legislatura comunitária feito “tábua rasa” dos fundamentos tradicionais dos direitos de autor e conexos ou terá apenas aduzido novas razões justificativas da harmonização? Mas de que modo se projectam estas novas directrizes de fundamentação ao nível da configuração normativa dos direitos de autor e conexos?

O prefácio da directiva esclarece que a harmonização respeita os princípios fundamentais do direito e, em particular, a propriedade – incluindo a propriedade intelectual -, a liberdade de expressão e o interesse geral (cons. 3). Nesse sentido, a harmonização destinar-se-ia sobretudo a proceder à adaptação dos direitos de autor no sentido de abranger “as novas formas de exploração” (cons. 5), tendo em conta a especificidade dos serviços da sociedade da informação (cons. 6). Por outras palavras, a directiva teria alargado os limites da propriedade intelectual para abranger “as novas formas de exploração”.

Mas, de que modo terá acolhido aqueles outros fundamentos tradicionais do direito de autor, em especial a liberdade de expressão e o interesse geral? Significará a funcionalização dos direitos de autor e conexos ao mercado interno, ao comércio electrónico, ao emprego, às economias de escala, ao desenvolvimento da sociedade da informação e à produção cultural europeia apenas mais propriedade para os titulares de direitos, em detrimento da liberdade de expressão e do interesse geral?

A directiva segue o critério do elevado nível de protecção da propriedade intelectual que considera fundamental para a criação intelectual. Para o efeito, situa a propriedade intelectual no quadro do direito de propriedade. “A propriedade intelectual é pois reconhecida como parte integrante da propriedade” (cons. 9). O enquadramento da propriedade intelectual, em especial dos direitos de autor e conexos, no âmbito da propriedade é uma solução de continuidade com a tradição jurídica da generalidade dos Estados-membros.⁴⁰

⁴⁰ Certamente por isso o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa prevê a protecção da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União, que incorpora (Art. II-76.º(2): “É protegida a propriedade intelectual”, embora mantenha a referência à propriedade industrial e comercial como justificação de restrições à livre circulação de mercadorias. (art. III-154.º). Será isto a última peça do puzzle, ou o fundamento de uma codificação europeia completa da propriedade intelectual, enquanto competência comunitária exclusiva? Ou seja, trata-se de uma norma “reflexiva” que se limita a consagrar uma tradição constitucional, ou antes de um preceito constitucional “dirigente” no sentido de abrir a implementação de um programa normalizador comum como se a constituição fosse o “código-fonte” do

Porém, até que ponto a funcionalização dos direitos de autor ao mercado interno, à sociedade da informação e à produção cultural europeia não se traduz numa concepção radicalmente mais «proprietarista» do que o «proprietarismo» tradicional dos Estados-membros? Em especial, tendo ficado na forma de lei que os direitos de autor são harmonizados em virtude da sociedade da informação (art. 1.º, 1), que propriedade é exigida por esta “nova” sociedade?

1.3. A funcionalização dos direitos de autor e conexos ao mercado interno e à sociedade da informação parece sacrificar a dimensão moral do direito de autor. A propriedade da legislatura comunitária, orientada sobretudo para os interesses do mercado interno e do comércio electrónico na sociedade da informação, afirma-se, desde logo, como uma “propriedade” sem conteúdo moral. Com efeito, a directiva não cuida dos direitos morais dos autores e artistas, limitando-se a remeter no preâmbulo para a lei interna dos Estados-membros, tendo em conta a Convenção de Berna e os Tratados da OMPI (cons. 19). Por outras palavras, os direitos morais são problema da lei interna dos Estados-membros, que deles deverão cuidar segundo as exigências da Convenção de Berna e dos tratados OMPI. Sabe a pouco, tanto mais que se considera que o direito de autor é um instrumento de garantia da independência e dignidade dos criadores e intérpretes (cons. 11).⁴¹

Por outro lado, uma questão particularmente sensível no problema da nova fundamentação dos direitos de autor é a que se prende com a tutela jurídica das medidas técnicas de protecção de direitos. Segundo o preâmbulo da directiva, parece que a legislatura comunitária vê nas possibilidades da técnica um *prolongamento natural dos poderes jurídicos* conferidos pelos direitos de autor e conexos. Isto é, o titular de direitos de autor e conexos teria o poder de tapar e de demarcar a sua propriedade mediante aplicações criptográficas e estenográficas. É bem claro a este respeito o considerando 13: “É fundamental procurar em comum e aplicar coerentemente, a nível europeu, medidas de carácter técnico destinadas a proteger as obras e outro material protegido e assegurar a informação necessária sobre os direitos, porque o objectivo último dessas medidas é o de dar realidade concreta aos princípios e garantias estabelecidos pelas normas jurídicas.”

Só que tradicionalmente as normas jurídicas também estabelecem outros princípios e garantias, como sejam a liberdade de expressão e o interesse geral, que impõem limites à

sistema? Esta segunda via seria mais um sinal de que, “a nível europeu... parecem reencontrar argumentos as teses do “direito forte” através de uma programática constitucional dirigente” - J.J. Gomes Canotilho, *A Constituição Europeia entre o Programa e a Norma*, in *Diálogos Constitucionais*, org. António José Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, 22.

⁴¹ Para uma interpretação do sentido e valor do silêncio do legislador comunitário no domínio dos direitos morais ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, cit., § 43. *O Silêncio dos Direitos Morais*.

propriedade intelectual, quer quanto ao objecto, quer quanto ao conteúdo de protecção. Disso se dá conta a legislatura comunitária, considerando que a educação e o ensino justificam excepções aos direitos (cons. 14). Vai mesmo mais longe e estabelece um espaço de trânsito livre, ao excluir do conceito de reprodução certos actos meramente técnicos (art. 5.º, 1); porventura de acordo com o espírito dos Tratados da OMPI, que se propõe implementar (cons. 15). Esse espaço de trânsito livre destina-se, fundamentalmente, a isentar de responsabilidade os prestadores de serviços da Internet (ISP), na linha do regime antes estabelecido pela directiva sobre comércio electrónico (cons. 16) – mas acrescentando a possibilidade de os titulares de direitos solicitarem injunções contra os intermediários.

É essa, de resto, a única excepção propriamente dita à definição ampla dos actos que integram o direito de reprodução (cons. 21 e art. 2.º). Definição ampla, uma vez que se pretende colocar o direito de autor ao serviço da promoção cultural sem contemplações com a pirataria (cons. 22).

1.4. Ampla é, de igual modo, a noção do direito de comunicação ao público (art. 3.º), que abrange todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações (cons. 23). Enquadrado no direito de comunicação ao público é o direito de colocar as obras à disposição do público – embora “não abrangendo quaisquer outros actos” (cons. 24) -, através das chamadas transmissões interactivas a pedido, que se caracterizam pelo facto de qualquer pessoa poder aceder às obras a partir do local e no momento por ela escolhido (cons. 25). A este propósito, considera-se desejável encorajar licenças colectivas para a radiodifusão relativamente aos direitos dos fonogramas a pedido (cons. 26) e esclarece-se que os meios técnicos não são a comunicação (cons. 27).

Por outro lado, o direito de distribuição de obra incorporada num produto tangível é incluído no núcleo económico dos direitos de autor e conexos (art. 4.º). Consagra-se o princípio do esgotamento do direito de distribuição. Trata-se, porém, apenas, de esgotamento comunitário, ressalvando-se o não esgotamento internacional. “Tal direito não se esgota em relação ao original ou cópias vendidas pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, fora da Comunidade” (cons. 28). Além disso, na linha anteriormente estabelecida pela directiva sobre bases de dados, esclarece o considerando 29 que “a questão do esgotamento não é pertinente no caso dos serviços, em especial dos serviços em linha. Tal vale igualmente para as cópias físicas de uma obra ou de outro material efectuadas por um utilizador de tal serviço com o consentimento do titular do direito.”⁴²

⁴² O princípio do esgotamento comunitário do direito de distribuição, elaborado para conciliar a territorialidade dos direitos de propriedade intelectual com a liberdade de circulação de mercadorias no

Donde parece resultar que o esgotamento não se aplicaria assim à cópia privada efectuada na sequência de transmissão interactiva a pedido (art. 5.º, 4). Além disso, a distribuição electrónica é implicitamente excluída da regra do esgotamento comunitário, parecendo o comércio electrónico directo beneficiar de um privilégio em relação ao comércio electrónico indirecto e ao comércio tradicional.⁴³

mercado único, comporta duas dimensões diferentes. Por um lado, constitui uma limitação ao direito de distribuição, uma vez que este direito se extingue com o primeiro lançamento no mercado de cópias de uma obra com o consentimento do titular do direito. Por outro lado, do ponto de vista do direito comunitário, a regra do esgotamento significa, ainda, que se o titular de um direito de propriedade intelectual, ou um terceiro com o seu consentimento, lançar no mercado de um Estado-membro um produto que constitui uma exploração de um direito de propriedade intelectual, já não poderá opôr-se a que tal produto circule livremente em toda a Comunidade, ou seja, o titular não pode invocar o seu direito de distribuição para proibir a venda dessa mercadoria por um importador paralelo num outro Estado-membro. Nas palavras do Tribunal, os "Artigos 30 e 36 do Tratado significam que a protecção territorial concedida pela lei nacional à propriedade industrial e comercial não podem ter por efeito legitimar a insularização dos mercados nacionais e conduzir à fragmentação artificial dos mercados, e que, consequentemente, o titular de um direito de propriedade industrial ou comercial protegido pela lei de um Estado-membro não pode basear-se nessa lei para impedir a importação de um produto que foi licitamente comercializado num outro Estado-membro pelo próprio proprietário ou com o seu consentimento" (Caso 270/80, 9.2.1982 (*Polydor v. Harlequin Record Shops*), ECR 1982, 349). Todavia, esta comercialização de uma mercadoria que incorpora o seu direito intelectual não extingue outros direitos como, por exemplo, o direito de reprodução ou de adaptação. Com efeito, "a noção de colocação em circulação tem um significado bem preciso e o princípio do 'esgotamento' um domínio de aplicação estritamente definido: trata-se do acto pelo qual o produto ao qual se aplicam direitos intelectuais passa da mão do titular destes direitos à mão do distribuidor e assim de seguida até ao consumidor final" (Brigitte Castell, *L'épuisement du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, Paris: PUF, 1989, 260). Para além disso, a orientação comunitária considera que cada prestação de serviço constitui também um acto que deve ser autorizado em si mesmo, sem que tal prejudique as futuras explorações, não se esgotando, portanto, estes direitos. Ou seja, não se equaciona da mesma forma a questão do esgotamento dos direitos em matéria de prestação de serviços, que são exemplificados através da radiodifusão, do aluguer e do comodato. Entende-se que, neste domínio, cada prestação é, com efeito, um acto que deve ser submetido a autorização, desde que o direito de propriedade intelectual o preveja. Assim, por exemplo, a radiodifusão ou a projecção em sala de um filme não produz o esgotamento do direito que ao titular assiste de autorizar ou de proibir, seja a radiodifusão ou projecção seguintes, seja a retransmissão por cabo. Em suma, conclui-se que, se a obra for incorporada num suporte material, fica sujeita à disposições em matéria de livre circulação de mercadorias e, por conseguinte, ao princípio do esgotamento comunitário. Se a obra não for incorporada num suporte material, mas integrada numa prestação de serviços, podendo, nessa medida, repetir-se de forma ilimitada, não pode aplicar-se a regra do esgotamento (cfr. *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, COM(95) 382 final, 19.7.95, 44-8). Em conformidade, parece prevalecer o entendimento segundo o qual "o direito de distribuição (*Verbreitungsrecht*) é, por um lado, limitado à primeira oferta de colocação em circulação de exemplares corpóreos da obra, e, por outro, nessa medida, vinculado inseparavelmente ao esgotamento" (Gerhard Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, von Thomas Dreier, Katzenberger, Silke v. Lewinski, Gerhard Schricker), Baden-Baden: Nomos, 1997, 127). Além do mais, o esgotamento não vale para os actos de aluguer e comodato, como de resto era há muito sustentado por Eugen Ulmer (*Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Auf., Berlin: Springer, 1980, 236 - "Der Verleih oder die Vermietung von Exemplaren begründet keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts."). A nível comunitário, a regra do não esgotamento do direito de aluguer foi também firmada por via jurisprudencial (cfr. Adolf Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos, 1978, 137 ss; ver por exemplo o caso 158/86, 17.5.1988 (*Warner v. Metronome*), ECR 1988, 2631: "os artigos 30 e 36 do Tratado CEE não proíbem a aplicação da legislação nacional que confere ao autor o direito de fazer depender do seu consentimento o aluguer de cassetes-vídeo, quando as cassetes em questão já tenham sido postas em circulação com a sua autorização num outro Estado-membro cuja legislação permite ao autor controlar a venda inicial, sem lhe conceder o direito de proibir o aluguer").

⁴³ É significativo que o problema seja tratado apenas nos considerandos explicativos da directiva. Daqui poderia retirar-se que a solução não é vinculativa para os Estados-membros, que seriam livres de consagrar entendimento diverso. Nas palavras de Oliveira Ascensão: "A exclusão do esgotamento é uma posição anticonsumidor e antiliberdade de tráfego, e cada país a regulará como tem regulado, até surgir uma posição comunitária vinculativa em contrário" (*A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 924). E, com efeito, o debate não está encerrado, sendo muito debatida a questão do esgotamento no comércio electrónico directo de obras protegidas por direitos de autor - ver, mais recentemente, Brian Mencher, *Digital transmissions: to boldly go where no first sale doctrine has gone before*, UCLA EntLR 10/1/2002, 47; Christian Berger, *Urheberrechtliche*

A natureza «proprietarista» dos direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição revela-se também na sua concepção como direitos disponíveis, no sentido de que podem ser objecto de actos de disposição, oneração e administração. Nos termos do considerando 30, os direitos de autor podem ser transferidos, cedidos ou sujeitos à “concessão de licenças numa base contratual”.⁴⁴

1.5. Para além de definir o conteúdo positivo dos direitos de autor, a directiva pretendeu, de igual modo, delimitar o seu recorte negativo, mediante uma “enumeração exhaustiva” (32) das excepções permitidas. São previstas excepções ao direito de reprodução (art. 5.º, 2) e excepções comuns ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público (art. 5.º, 3).

As exigências do mercado interno, do comércio electrónico e da sociedade da informação justificaram, na óptica da legislatura comunitária, que as excepções e limitações fossem definidas de uma forma mais harmonizada. Desde logo, seria necessário sujeitar as excepções e limitações tradicionais às especificidades da sociedade da informação, tal como se lê no considerando 31, 2.º período: “As excepções ou limitações existentes aos direitos estabelecidos a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico.”

Esta linha de orientação traduziu-se, fundamentalmente, na consagração de um direito de autor “a duas velocidades”. A primeira refere-se ao ambiente analógico e significa, basicamente, a conservação do recorte negativo do direito de autor, tal como operado pelas legislações internas dos Estados-membros. A segunda refere-se ao ambiente digital e traduz-se, sucintamente, numa lista mais apertada de limitações, para além de exhaustiva e de adopção facultativa.

Em todo o caso, do círculo de reserva do direito de reprodução no ambiente electrónico é excluída uma série de actos de reprodução meramente técnica, como o «browsing» e o «caching», na condição nomeadamente de não terem em si significado económico e se destinarem a permitir uma utilização legítima. “Os actos de reprodução em questão não

Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 3/2002, 198; Eric Tjong Tjin Tai, *Exhaustion and Online Delivery of Digital Works*, EIPR 5/2003, 207; Till Jaeger, *Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht*, in Reto M. Hilty / Alexander Peukert, (Hrsg.) *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2004, 47.

⁴⁴ Esta configuração do direito de autor, no sentido de abranger as faculdades económicas de *utendi*, *fruendi* e *abutendi* típicas da propriedade plena, será mais uma “ponte” não apenas entre os sistemas de *droit d’auteur* e de *copyright* (vide Julia Ellins, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, com recensão nossa em Boletim da Faculdade de Direito, LXXIV 1998, 801), mas sobretudo dentro do primeiro entre as concepções do monismo de raiz germânica e o dualismo de tradição latina. Isso não prejudica, todavia, certas pretensões remuneratórias, de natureza económica, estabelecidas por outras directivas, que são irrenunciáveis. Poderá dizer-se que o direito de autor europeu consagra uma concepção dualista de *droit d’auteur* mitigada com certos elementos de monismo, em prol da protecção dos autores.

deverão ter, em si, qualquer valor económico”, lê-se no considerando 33, *in fine*, mais se acrescentando que “uma utilização deve ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular de direitos e não estiver limitada por lei.”

Estes actos de reprodução meramente técnica são considerados, nos termos das condições previstas, irrelevantes para os direitos de autor. Já as outras limitações, embora impliquem uma compressão do direito de autor no sentido de direito exclusivo, não são irrelevantes, uma vez que ao titular de direitos é atribuída uma compensação equitativa pela utilização feita em certos casos de excepções.⁴⁵ (35) “Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares de direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento.”⁴⁶

Ou seja, a compensação equitativa não é devida nos casos em que a utilização da obra é licenciada pelo titular de direitos (1), ou quando o titular utiliza medidas tecnológicas de protecção da obra (2) e ainda quando se trate de prejuízos mínimos, segundo a regra *de minimis* (3). Não obstante, o considerando 36 refere a possibilidade de os Estados-membros alargarem a compensação equitativa a outros casos, nomeadamente a reprografia, que é excluída da harmonização por se entender que não afecta o mercado interno (cons. 37).

1.6. A cópia privada é prevista como uma das possíveis excepções, pela qual é devida compensação equitativa, acrescentando-se que os sistemas de remuneração devem distinguir a cópia analógica da digital, sendo esta última a que terá maior impacto económico (cons. 38). Isto aponta no sentido de que os sistemas de remuneração

⁴⁵ A “compensação equitativa” (*fair compensation*) pela reprodução no ambiente multimédia foi por nós já sustentada em *Media Analysis and Copyright: Prospettive europeee viste dal balcone atlantico / European Perspectives Viewed from the Atlantic*, Comunicação apresentada ao Congresso Internacional *Media e Copyright: Come armonizzare una questione europea / How to Harmonize a European Issue*, promovido pela EMAA - European Media Analysts Association, realizado em Stintino (Sassari), nos dias 23 e 24 de Maio de 1997 (ver Actas do Congresso, 86-91).

⁴⁶ Segundo Oliveira Ascensão, isto significaria, no domínio do uso privado, que “o que era livre passou a ser reservado, e objecto dum direito de remuneração” (*A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 927).

compensatória devida pela liberdade de cópia privada deveriam “taxar” mais os suportes e equipamentos digitais do que os analógicos.

Não obstante a directiva possibilitar aos Estados-membros a consagração da excepção de cópia privada entende-se que esta excepção não deverá inibir nem a utilização de medidas de carácter tecnológico nem a repressão dos actos destinados a neutralizá-las (cons. 39).⁴⁷ Disto resulta um sistema de liberdade de cópia privada *a duas velocidades*, já que no âmbito digital esta liberdade poderá ser conformada pelos titulares de direitos mediante a utilização de sistemas anti-cópia que permitam controlar o número de reproduções. Como reforço da protecção dos interesses dos titulares de direitos, acrescenta-se: (52) “A fim de evitar abusos na utilização dessas medidas, as medidas de protecção de natureza tecnológica aplicadas em sua execução devem gozar de protecção jurídica”. Além disso, os serviços interactivos a pedidos ficam excepcionados da liberdade de cópia privada (art. 6.º, 4, 4.º período), na medida em que a sua prestação seja efectuada numa base contratual (cons. 53).

Uma outra excepção que fica sujeita a um regime de duas velocidades é a liberdade de reprodução para arquivos e bibliotecas, que não vale no ambiente electrónico em linha. “Tal excepção ou limitação não deve abranger utilizações no contexto do fornecimento em linha de obras ou outro material protegido”, lê-se no considerando 40.

Além disso, a excepção para fins de investigação pedagógica e científica é também rodeada de grandes cautelas, já que se considera (42) que na “aplicação da excepção ou limitação para efeitos de investigação pedagógica e científica não comercial, incluindo o ensino à distância, o carácter não comercial da actividade em questão deverá ser determinado por essa actividade propriamente dita. A estrutura organizativa e os meios de financiamento do estabelecimento em causa não são factores decisivos a esse respeito”.

1.7. Em todo o caso, a consagração das excepções e limitações previstas na lista exhaustiva da directiva fica ainda subordinada ao respeito pela regra internacional dos três passos (art. 5.º, 5).⁴⁸ À qual se acrescenta uma cautela redobrada, em atenção ao ambiente

⁴⁷ Vide G. Davies, *Copyright in the Information Society: Technical Devices to Control Private Copying*, in Ganeva/Heath/Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Gestern – Heute – Morgen*, Festschrift für Adolf Dietz, Beck, München, 2001, 307.

⁴⁸ Sobre a subordinação das excepções à regra dos três passos, em especial a cópia privada, Mihaly Ficsor, *How much of what? The «three-step test» and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA 192/2002, 111; Jane Ginsburg, *Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur*, RIDA 187/2000, 3; A. Lucas, *Le «triple test» de l'article 13 de l'Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC «Etats-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur»*, in P. Ganeva/C.Heath/G. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht, Gestern – Heute – Morgen*, cit., 423; M. Buydens / S. Dusollier, *Les exceptions au droit d'auteur: évolutions dangereuses*, Com. Comm. Électr. 2001, 15; Stefan Bechtold, *Digital Rights Management: Destruction or Protection of the Commons?*, JAVI 5/2003, 162; Marie Cornu, *L'accès aux archives et le droit d'auteur*, RIDA 195/2003, 3; Helenara Braga Avancini, *Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos*

de risco do novo ambiente electrónico. Nos termos do considerando 44: “A previsão de tais excepções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico. Consequentemente, o alcance de certas excepções poderá ter quer ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido.” Esta cautela suplementar, imposta pelo maior impacto económico que se atribui às excepções e limitações no contexto do novo ambiente electrónico, foi já considerada como a adição de um quarto passo à regra tradicional dos três passos relativa às excepções e limitações aos direitos de autor e conexos.⁴⁹

Independentemente de se tratar de um novo passo da regra de razão ou antes de uma exigência de consideração das especificidades do novo ambiente electrónico que ilumina os três passos da regra, a verdade é que reforça a ideia de um regime de excepções a duas velocidades. Na segunda velocidade, a do ambiente digital, considera-se que as excepções não devem impedir relações contratuais destinadas a assegurar compensação equitativa para os titulares de direitos (cons. 45). Todavia, isto não significa que aos titulares de direitos seja possível impedir as utilizações livres previstas nas excepções, antes apenas prever a possibilidade de cobrança da compensação numa base contratual, por meios alternativos à gestão colectiva.

1.8. Como referimos, um dos pontos principais da directiva é a protecção jurídica contra a neutralização (e actos afins) de medidas técnicas (47). Com isto desenha-se um *terceiro círculo* de protecção. O primeiro círculo, composto pelos direitos de autor, é englobado por um segundo, que consiste na aplicação de medidas técnicas de protecção. Estas, só por si, poderão ser mais eficazes do que a protecção legal dos direitos de autor. Mas, como se tal não bastasse, a legislatura comunitária, a propósito dos Tratados da OMPI, estabelece um novo círculo de protecção, que se traduz na tutela jurídica das medidas tecnológicas de protecção dos direitos de autor.⁵⁰ Este regime não prejudica outra

direitos autorais, Revista da ABPI 63/2003, 16; Peter Rott, TRIPS-Abkommen, *Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer*, GRUR Int 2/2003, 118; Martin Senftleben, *Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests. Genügt die deutsche Regelung zur Privatkopie den Vorgaben des internationalen Rechts?*, CR 12/2003, 914; Id., *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test (An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law)*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004; Id., *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 159; Geiger, Christophe, *Right to Copy v. Three-Step Test (The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment)*, CRI 1/2005, 7.

⁴⁹ Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, Richard Davis, Michael Edenborough, James Graham, Simon Malynicz, Ashley Roughton, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2002, 369.

⁵⁰ A protecção anti-neutralização (art. 6.º, 1 e 2) destina-se às medidas eficazes, considerando-se como tal quando a utilização da obra for controlada através de um “controlo de acesso ou de um processo de protecção, como, por exemplo, a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material

legislação aplicável, nomeadamente não prejudica a protecção dos serviços de acesso condicional (cons. 60, art. 9.º).

Um problema que se suscita a propósito disto é a interferência destas medidas técnicas de protecção com os equipamentos electrónicos. Considera-se que tal protecção não pode “impedir o funcionamento normal dos equipamentos electrónicos e o seu desenvolvimento tecnológico”, nem “deverá causar obstáculos à investigação sobre criptografia” (48). Isto tem o efeito de imunizar o mercado dos equipamentos electrónicos relativamente a essas medidas de protecção técnica. Não quer isto dizer que os equipamentos electrónicos possam ser produzidos e comercializados em termos de permitirem principal ou exclusivamente a neutralização de tais medidas técnicas. Entram em jogo as tecnologias multi-usos, que podem servir tanto para fins lícitos como para fins ilícitos.

Além disso, a proibição de neutralização de medidas tecnológicas eficazes não afecta a proibição de posse privada de dispositivos, produtos ou componentes destinados a neutralizar medidas de carácter tecnológico, que se entende ser matéria da legislação nacional (cons. 49).

Esclarece-se, de igual modo, que a protecção das medidas técnicas não deve impedir o desenvolvimento de meios técnicos necessários para permitir a realização de actos em conformidade com o n.º 3 do artigo 5.º ou com o artigo 6.º da Directiva 91/250/CEE (50). Neste considerando esclarece-se, *in fine*, que: “Os artigos 5.º e 6.º dessa directiva apenas determinam excepções aos direitos exclusivos aplicáveis a programas de computador.” Donde se poderia retirar, nomeadamente, que o direito à cópia de segurança não valeria para as obras literárias em geral.

Este ponto é deveras importante. Enquanto no regime dos programas de computador a legislatura comunitária atribuiu expressamente direitos aos utilizadores – direitos esses que justificam inclusivamente actos de neutralização de medidas técnicas de protecção –, já na directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação não é certo que essa atribuição se tenha verificado.⁵¹ O mais que a directiva prevê é a obrigação de os Estados-

protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo da protecção” (art. 6.º, 3).

⁵¹ Sobre o problema da neutralização das excepções aos direitos de autor (e do interesse público que prosseguem) através dos mecanismos tecnológicos de protecção e das licenças contratuais de utilização final, levantando-se a questão da natureza imperativa dessas excepções, ver, nomeadamente, Lucie Guibault, *Contracts and Copyright Exemptions*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International, London, 2000, 125; Id., *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, Amsterdam, 2002; Id., *Copyright limitations and »click-wrap« licences: what is becoming of the copyright bargain?*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 221; Lucie Guibault / Natali Helberger, *Consumer Protection and Copyright Law*, ECLG, Bruxelles, 2005; C. Geiger, *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*, A&M 2004, 213; Id., *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*,

membros estabelecerem medidas para que os titulares de direitos “forneçam aos beneficiários dessas excepções ou limitações meios adequados que lhes permitam beneficiar das mesmas” (51). Isto é, os titulares de direitos devem colocar à disposição dos beneficiários das excepções que “tenham legalmente acesso à obra ou a outro material protegido em causa” os meios que lhes permitam beneficiar dessa excepção, sem prejuízo de poderem, quanto à cópia privada, definir o número de cópias (art. 6.º, 4). Além disso, prevê que “as medidas de carácter tecnológico aplicadas voluntariamente pelos titulares de direitos, incluindo as aplicadas em execução de acordos voluntários, e as medidas de carácter tecnológico aplicadas em execução das medidas tomadas pelos Estados-Membros devem gozar da protecção jurídica prevista no n.º 1” (art. 6.º, 4, 3.º par.).

Mas justamente ao obrigar os titulares de direitos a fornecer aos beneficiários das excepções ou limitações (por ex., os deficientes – cons. 43) meios adequados que lhes permitam beneficiar das mesmas terá a directiva consagrado um mecanismo de execução específica, cuja configuração deixa todavia à legislação nacional, sem deixar de apontar a possibilidade de “novas formas jurídicas de resolução de litígios relativos ao direito de autor e direitos conexos” (46), numa alusão clara aos mecanismos alternativos de resolução de litígios (que as mais das vezes se têm traduzido, entre nós, em mecanismos administrativos).

Além disso, é importante notar que o regime da cópia privada em articulação com as medidas técnicas de protecção se aplica às directivas 92/100/CEE e 96/9/CE (art. 6.º, 4, 5.º par.). Donde decorre que, implicitamente, esta directiva esclareceu a directiva sobre bases de dados, no sentido de permitir a reprodução para uso privado de obras contidas em bases de dados electrónicas.

Por outro lado, é promovida a compatibilidade e interoperabilidade de sistemas técnicos de identificação de obras e outros materiais protegidos e os autores são incentivados a marcarem as obras no sentido de especificarem a sua autorização de introdução em redes (cons. 54 e 55). Este incentivo aos sistemas electrónicos de identificação e gestão de direitos é acompanhado por medidas jurídicas de protecção desses sistemas de informação para gestão electrónica de direitos, isto é, são protegidas as medidas de estenografia utilizadas pelos titulares de direitos (art. 7.º, cons. 56). Além disso, de modo a compatibilizar a estenografia com a privacidade dos utilizadores considera-se que os meios técnicos devem conter PETs (*Privacy Enhancement Technologies*) de acordo com a directiva 95/46/CE (cons. 57).

CRI 10/2004, 815; Id., *Droit d'auteur et droit du public à l'information (Approche de droit comparé)*, Litec, 2004; Dana Beldiman, *The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their vigor be restored?*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 187; Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres)*, Larcier, 2005.

1.9. Aspecto inovador da directiva e porventura ainda pouco destacado são as sanções contra a violação dos direitos de autor. Prevê-se, para além da indemnização e, quando adequado, da apreensão do material ilícito (incluindo dispositivos de neutralização), uma injunção contra os intermediários (art. 8, 2), por se considerar estarem frequentemente em melhor posição para porem termo a actividades ilícitas dos utilizadores dos seus serviços (cons. 58). Nos termos do preâmbulo, “os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede actos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos. Esta possibilidade deverá ser facultada mesmo nos casos em que os actos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do artigo 5.º”.

Esta injunção e os termos em que é prevista (art. 8.º, 3) mostram bem as redobradas cautelas da legislatura comunitária na protecção dos direitos de autor, acentuando a dupla velocidade a que estão sujeitas as excepções e limitações aos direitos, consoante o ambiente analógico ou electrónico em que se faça a sua utilização.

§ 2. A europeização do direito de autor e a globalização da propriedade intelectual

2.1. A harmonização comunitária do direito de autor é realizada num contexto de internacionalização da propriedade intelectual.⁵² Este não é, todavia, um fenómeno novo. Com efeito, a internacionalização da propriedade intelectual remonta aos finais do século XIX assentando em dois pilares fundamentais. Por um lado, a Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883)⁵³ e, por outro, a Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas (1886)⁵⁴. Outros instrumentos internacionais se seguiram, afirmando-se ao mesmo tempo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual como a principal entidade responsável pela sua administração mundial.⁵⁵

⁵² Para mais desenvolvimentos, Alexandre Dias Pereira, *Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar Europeu sobre o Acordo ADPIC/TRIPS*, Revista da ABPI, 73/2004, 52; Id., *A Revisão do Acordo ADPIC/TRIPS (Alguns Tópicos)*, *Direito da Sociedade da Informação*, VI, Coimbra Editora.

⁵³ Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (1883) de 20 de Março de 1883, revista em Bruxelas a 14 de Dezembro de 1900, em Washington a 2 de Junho de 1911, na Haia a 6 de Novembro de 1925, em Londres a 2 de Junho de 1934, em Lisboa a 31 de Outubro de 1958 e em Estocolmo a 14 de Julho de 1967.

⁵⁴ Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris em 4 de Maio de 1896, revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908, completada em Berna em 20 de Março de 1914 e revista em Roma em 2 de Junho de 1928, em Bruxelas em 26 de Junho de 1948, em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e em Paris em 24 de Julho de 1971, e modificada em 2 de Outubro de 1979.

⁵⁵ A lista dos tratados administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual encontra-se disponível em <http://www.wipo.int/about-ip/en/ipworldwide/treaties.htm>. Para uma recolha do direito

A internacionalização (a que também se chama globalização ou mundialização⁵⁶) da propriedade intelectual daria um passo muito significativo com o acordo relativo aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (ADPIC/TRIPS).⁵⁷

Em virtude deste acordo (ADPIC), os Estados Contratantes obrigam-se a respeitar determinados padrões em matéria de direitos de propriedade intelectual. Estes direitos são entendidos em sentido amplo, no sentido de abranger, por um lado, a propriedade industrial (por ex., patentes, marcas e nomes de estabelecimentos) e, por outro, os direitos de autor e conexos e, ainda, certas formas sui generis como sejam a tutela do *know-how* empresarial.⁵⁸

nacional, comunitário e internacional da propriedade intelectual, incluindo jurisprudência, veja-se Alexandre Dias Pereira, *Propriedade Intelectual: I. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2002.; *II. Código da Propriedade Industrial, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2003 (Textos Legislativos n.º 3 e 5, Coord. José de Faria Costa, Quarteto, Coimbra).

⁵⁶ José António Gómez Segade, *A mundialização da propriedade industrial e do direito de autor*, in *Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000*, Studia Iuridica 48, BFDUC, Coimbra Editora, 2000, 7; Duncan Matthews, *Globalising Intellectual Property Rights: the TRIPS Agreement*, 2002.

⁵⁷ Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou "TRIPS"), constante do Anexo 1C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (OMC), de 15 de Abril de 1994, na sequência das negociações comerciais multilaterais do "Uruguay Round" do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Sobre o Acordo ADPIC/TRIPS vide, por ex., Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a Concise Guide to the TRIPS Agreement*, London: Sweet & Maxwell, 1996; Friedrich-Karl Beier / Gerhard Schricker (eds.), *From GATT to TRIPS: the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, New York, NY: VCH, 1996; Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2003. Raoul Duggal, *TRIPS-Ubereinkommen und internationale Urheberrecht: neue Entwicklungen im internationalen Urheberrecht unter dem Einfluss multilateraler Ubereinkünfte*, Köln: Heymann, 2001; J. Audier, *TRIPS Agreement: Geographical Indications* / Peter L. Kolker, *TRIPS Agreement: Patent Protection* / J.A.L. Sterling, *TRIPS Agreement: Copyright and Related Rights*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000; Alesch Staehelin, *Das TRIPS-Abkommen: Immaterialgüterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik*, Bern: Stampfli, 1999; Carlos M. Correa / Abdulqawi A. Yusuf (eds.), *Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement*, London; Boston: Kluwer Law International, 1998; Alberto Bercoff [et al.], *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997; Id., *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa, 1994, 877; Jörg Reinbothe, *Geistiges Eigentum in der Uruguay-Runde des GATT: Materiellrechtliche Aspekte aus der Sicht der EG*, in Meinhard Hilf / Wolfgang Oehler (Hrsg.), *Der Schutz des geistigen Eigentums in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 1991, 149. De entre numerosos artigos de revista, vide, por exemplo, Jörg Reinbothe, *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPS*, GRUR Int. 1992, 707; John Worthy, *Intellectual Property After GATT*, EIPR 1994, 195; Carlos M Correa, *TRIPS Agreement: Copyright and Related Rights*, IIC 1994, 543; Sam Ricketson, *The Future of the Traditional Intellectual Property Conventions in the Brave New World of Trade-Related Intellectual Property Rights*, IIC 1995, 872; Paul Katzenberger, *TRIPS und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, 447; Thomas Dreier, *TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1996, 205; Michael Lehmann, *TRIPS/WTO und der internationale Schutz von Computerprogrammen*, CR 1996, 2; Silke von Lewinski, *Urheberrecht als Gegenstand des internationalen Wirtschaftsrechts*, GRUR Int. 1996, 630; Paul Edward Geller, *Can the GATT Incorporate Berne Whole*, EIPR 1990, 423; Josef Drexler, *Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des Gatt*, München: Beck, 1990; Alberto Francisco Ribeiro de Almeida, *Os princípios estruturantes do acordo TRIPS's: um contributo para a liberalização do comércio mundial*, Boletim de Ciências Económicas, XLVII 2004, 1-106.

⁵⁸ Sobre o sentido da unidade dos direitos de propriedade intelectual veja-se, com mais referências, Alexandre Dias Pereira, *Arte, Tecnologia e Propriedade Intelectual*, ROA 2002, 467-485; v. tb. J.P. Remédio Marques, *Propriedade Intelectual e Interesse Público*, BFD LXXIII 2003, 293 ss.. A figura propriedade intelectual foi consagrada no nosso Código Civil (art. 1303.º) e é tradicionalmente objecto de tratamento unitário nos países anglo-saxónicos (e.g., William R. Cornish/David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003; Arthur R. Miller / Michael H. Davis,

Com efeito, nos termos do art. 1º, 2, a propriedade intelectual abrange o direito de autor e os direitos conexos, as marcas, as indicações geográficas, os desenhos e modelos industriais, as patentes, as topografias de produtos semicondutores (“configurações de circuitos integrados”) e o saber-fazer (“informações não divulgadas”). A observância dos padrões estabelecidos no Acordo relativo à protecção da propriedade intelectual está sujeita à fiscalização da OMC, que assim pode controlar as legislações nacionais dos Estados Contratantes neste domínio.

2.2. De um modo geral, o Acordo ADPIC estabelece, *inter alia*, o princípio do tratamento nacional (art. 3.º). Além disso, define como objectivos do regime dos direitos de propriedade intelectual “a promoção da *inovação tecnológica* e a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico” e, ainda, o “equilíbrio entre direitos e obrigações” (art. 7.º), estabelecendo certas normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual.⁵⁹

O acordo é norteado pelos interesses do comércio mundial, que pretende proteger e promover, através de uma regulamentação pormenorizada que confira certeza e segurança jurídicas aos agentes económicos.⁶⁰ Além do mais, este acordo parece implicar que, em diversos domínios, o interesse geral é ditado pelos interesses do comércio, o que não deixa de ser problemático. Pense-se, desde logo, no que respeita aos limites de protecção.⁶¹

Depois, o Acordo ADPIC não contempla expressamente as exigências do moderno comércio electrónico, não obstante conter normas que regulam aspectos nucleares da informática. Por exemplo, é prevista a protecção do *software* (programas de computador) e das bases de dados pelo *copyright* (art. 10.º), sendo estes bens essenciais no domínio da comercialização electrónica. Porém, a Internet é também utilizada para comercializar livros electrónicos, música, ou filmes.⁶²

Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Group, 2000).

⁵⁹ Sobre as implicações económicas e sociais do TRIPS nos países em desenvolvimento ver, nomeadamente, Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries: the TRIPS Agreement and Policy Options*, 2000; Peter Rott, *Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPS-Abkommen*, Baden-Baden: Nomos, 2002; Jayashree Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2001; Gurdial Singh Nijar, *TRIPs and Biodiversity: The Threat and Responses: a Third World View*, Penang, Malaysia: Third World Network, 1996.

⁶⁰ Sobre o efeito da globalização ao nível da harmonização jurídica, Jarrod Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, London/New York: Pinter, 1999.

⁶¹ Ver José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, ROA 2001, 1195 ss; Debora J. Halbert, *Intellectual Property in the Information Age: The Politics of Expanding Ownership Rights*, Quorum Books, Westport/Connecticut/London, 1999.

⁶² Exemplo do valor dos direitos de propriedade intelectual ao nível da Internet é a Convenção relativa ao Cibercrime, adoptada pelo Conselho da Europa em 23 de Novembro de 2001, em Budapeste, que prevê no Art.

2.3. Em larga medida, o Acordo TRIPS trata os direitos de autor como *simples mercadorias de comércio*. Os direitos de autor parecem ser convertidos em *privilégios do comércio*, esquecendo-se até a razão de ser do direito de autor, que é proteger, desde logo, a *autoria*, isto é, a criatividade do engenho humano ao nível de formas originais de expressão literária e artística. Este valor, no qual deve continuar a assentar o direito de autor, encontra-se consagrado no Art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 42.º da Constituição da República Portuguesa, e projecta-se na compreensão destes direitos como algo de qualitativamente distinto de meras mercadorias de comércio.⁶³

Mas é significativo que o Acordo ADPIC não cuide da dimensão moral dos direitos de autor, bastando-se com o seu valor mercantil, segundo a mais estrita concepção do *copyright*. Com isso gera-se à escala mundial um direito de autor *sem autor*.⁶⁴ Com efeito, apesar de sujeitar os Membros à observância da Convenção de Berna (Acto de Paris 1971), dispõe que eles “não terão direitos ou obrigações ao abrigo do presente Acordo no que diz respeito aos direitos conferidos pelo artigo 6.º *bis* da referida Convenção ou aos direitos deles decorrentes” (art. 9.º, 1, 2.ª parte).

Ora, qual será o futuro do direito moral num direito de autor norteado em primeira linha pelos interesses do comércio mundial? Será a dimensão moral do direito de autor completamente estranha às exigências do comércio mundial? Gozará o comércio mundial de alguma imunidade ou de algum privilégio em relação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana projectada na liberdade de criação literária e artística e na protecção dos seus frutos?⁶⁵

2.4. O Acordo ADPIC consagra a instituição global de um sistema apertado de direitos de propriedade intelectual. Tal sistema é erigido no contexto de um acordo geral sobre a redução ou eliminação das taxas aduaneiras com vista ao comércio livre entre as nações. Todavia, é duvidoso se isto não significará a substituição dos impostos do Estado pelas

10 as ofensas relacionadas com violações dolosas aos direitos patrimoniais de autor e direitos conexos por meio de computadores e para fins comerciais.

⁶³ Vide Paul Torremans, *Copyright as a Human Right*, in Paul Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights (Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy)*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, 1.

⁶⁴ José de Oliveira Ascensão, *O direito de autor como direito da cultura*, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, II, Lisboa: Cosmos/Arco-Íris, 1994, 1053 ss [Comunicações, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa, 15-18 de Novembro de 1994].

⁶⁵ Ver José de Oliveira Ascensão, *O futuro do «Direito Moral»*, *Direito e Justiça*, XVIII, 2004, I, 41-63.

royalties das grandes empresas privadas⁶⁶, ficando o Estado onerado com os custos administrativos de fiscalização e punição das infracções.⁶⁷

Consideremos a este respeito o chamado *esgotamento internacional* de direitos, em especial do direito de *distribuição*. O Acordo ADPIC não cuida desta matéria. Aliás, consagra uma norma nos termos da qual “nenhuma disposição do presente acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual” (art. 6.º). O direito de distribuição permite ao titular de direitos controlar, desde logo, a *primeira venda* de um objecto protegido no mercado de um determinado Estado. Tendo em conta o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, isto significa que o titular de direitos pode controlar as *importações paralelas*, fragmentando os mercados e praticando os preços de primeira venda em cada mercado nacional que mais lhe convierem.

À semelhança da experiência jurídica de alguns Estados-membros, nomeadamente da Alemanha⁶⁸, formou-se no direito comunitário, primeiro por via jurisprudencial⁶⁹ e depois

⁶⁶ Sobre os “private sovereigns” ver Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth: Aldershot / Brookfield / USA / Singapore / Sidney, 1996, 145 ss (e a nossa recensão, BFD 2004); e, mais recentemente, Susan K. Sell, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2003.

⁶⁷ Com efeito, uma das partes do ADPIC consideradas mais importantes é a que contém normas sobre aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual (parte III, arts. 41.º ss). Sobre o tema vide, por ex., M.C.E.J. Bronckers / D.W.F. Verkade, *TRIPs Agreement: Enforcement of Intellectual Property Rights*, with contributions from N.M. McNelis, Lanham, Md.: Bernan Associates, 2000.

⁶⁸ Ver Friedrich-Karl Beier, *The principle of «exhaustion» in the national patent and copyright law of some European countries*, ROA 1991, 71-90. A *Erschöpfungslehre* surgiu pela pena de Kohler, sendo expressamente consagrada no § 17(2) UrhRG, nos termos do qual “se a obra original ou cópias dela tiverem sido distribuídas através da sua alienação com o consentimento do titular do direito de distribuição da obra no território da União Europeia ou de outro Estado signatário do Acordo sobre a Área Económica Europeia, a sua distribuição posterior será permitida, excepto para efeitos do aluguer.” O princípio do esgotamento (*Erschöpfungsgrundsatz*) constitui uma regra geral que a jurisprudência constante do BGB firmada na decisão *Kaberfernsehen in Abschattungsgebieten* de 7 de Setembro de 1980, de acordo com a teoria de v. Gamm, considera válida, inclusivamente, no domínio do direito de comunicação ao público, apesar de todas as críticas que lhe são dirigidas por autores como Hubmann, Nordemann e Schricker (cfr. Ulrich Joos, *Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht*, München: Beck, 1991, 217-9, com mais referências). O problema foi de novo discutido em relação às transmissões em linha a pedido, repondo-se de novo o debate entre as doutrinas da segurança do tráfego jurídico e a doutrina da recompensa (idem, *ibidem*, 80-1). Por um lado, para a doutrina da segurança do tráfego jurídico (*Verkehrssicherunstheorie*), o fundamento da exaustão dos direitos consiste em não impedir injustificadamente a distribuição posterior de exemplares colocados no mercado, assegurando a segurança das relações do tráfego jurídico-negocial e o interesse da livre circulação de mercadorias; no caso da distribuição de exemplares corpóreos de obras o direito de exploração do autor será limitado em ponderação com outros bens jurídicos, nomeadamente o direito de propriedade sobre o exemplar da obra. Porém, este conflito entre dois direitos absolutos - o direito do autor relativo à obra e a propriedade sobre o suporte corpóreo do seu exemplar distribuído - não teria lugar nas transmissões em linha a pedido, uma vez que o meio de transporte (por ex. sinais radiofónicos e televisivos, luz, impulsos electrónicos) não constituiria objecto de um direito absoluto negociável. Por outro lado, para a “doutrina da recompensa” (*Belohnungstheorie*) o princípio do esgotamento seria aplicável também neste domínio uma vez que o titular dos direitos teria a possibilidade aquando da primeira alienação da cópia da obra de receber uma remuneração pela sua prestação espiritual, estando nessa medida cumprido o fim do direito de distribuição. Todavia, contra esta perspectiva argumenta-se que na transmissão digital a utilização posterior do exemplar reproduzido não será de todo irrelevante, uma vez que poderá ser ilimitadamente reproduzido e transmitido a terceiros (efeito de multiplicação), não sendo possível ao titular dos direitos receber uma compensação adequada pela primeira venda, além de que mesmo na distribuição de exemplares corpóreos não se esgotam certos direitos como, por ex., o direito de aluguer (vide Thomas Dreier, *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in Jürgen Becker / Thomas Dreier (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, Baden-Baden:

por via legislativa, o princípio do *esgotamento comunitário*, nos termos do qual o titular de direitos só pode controlar a primeira venda em todo o mercado único⁷⁰. Isto significa, desde logo, que o titular de direitos não poderá proibir a importação entre Estados-Membros, exercendo o seu exclusivo de distribuição no território de cada um deles, uma vez que a primeira venda no mercado comunitário exaure esse direito.⁷¹ Todavia, no domínio do comércio electrónico directo esse princípio não se aplica, uma vez que se entende que se trata de uma actividade de prestação de serviços (os serviços da sociedade da informação).⁷²

Assim, a inexistência de um princípio de esgotamento internacional (e até comunitário no domínio do comércio electrónico directo⁷³) significa que os titulares de direitos poderão controlar as importações entre os Estados, exercendo o seu exclusivo no território de cada um deles. Nesse sentido, os direitos de propriedade intelectual conferem um privilégio comercial muito significativo aos titulares de direitos, privilégio esse que se traduz numa barreira ao livre comércio. Ou, por outras palavras, ao mesmo tempo que as

Nomos, 1994, 123; Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 9. Aufl., München: Beck, 1996, 151; Helmut Haberstumpf, *Handbuch des Urheberrechts*, Neuwied: Luchterhand, 1996, 101 ss; Michael Lehmann, *Digitalisierung und Urhebervertragsrecht*, in M. Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1997, 60).

⁶⁹ Para uma análise da jurisprudência comunitária segundo a qual o princípio do esgotamento do direito de distribuição se aplica, apenas, à venda de cópias materiais - produtos - pelo titular dos direitos ou por terceiro com o seu consentimento, e já não à prestação de serviços: Proc. 78/70 (*Deutsche Gramophon/Metro*), Rec. 1971, 487; Proc. 62/79 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1980, 881; Procs. 55-57/80 (*Musikvertrieb Membran/Gema*), Rec. 1981, 147; Proc. 279/80 (*Polydor/Harlequin Record Shops*), Rec. 1982, 329; Proc. 262/81 (*Coditel/Ciné-Vog Films*), Rec. 1982, 3381; Proc. 156/86 (*Warner Brothers and Metronome Video/Christiansen*), Rec. 1988, 2605, Proc. 341/87 (*EMI Electrola/Patricia*), Rec. 1989, 79, Proc. 395/87 (*Tournier*), Rec. 1989, 2521. Para além destes casos em matéria de direito de autor e direitos conexos, ver, ainda, sobre a livre circulação de mercadorias e a propriedade intelectual, caso 15/74, 31.10.1974 (*Centrafarm v. Sterling*), ECR 1974, 1147 (patentes); caso 102/77, 23.5.1978 (*Hoffmann-la Roche*), ECR 1978, 1139, e Caso C-10/89, 17.10.1990 (*Hag II*), ECR 1990, 3711 (objecto específico do direito da marca).

⁷⁰ Cfr. Directiva 2001/29/CE, art. 4.º (v. tb. considerandos 28 e 29); Directiva 91/250/CEE, art. 4-c); Directiva 92/100/CEE, art. 1; Directiva 96/9/CE, arts. 5.º e 7.º (v. tb. considerandos 33 e 43). Em matéria de marcas, Primeira Directiva (89/104/CEE), art. 7.º; Regulamento (CE) n.º 40/94, art. 13.º; em matéria de desenhos e modelos, Directiva n.º 98/71/CE, art. 15.º. O direito de distribuição, ainda que não sujeito ao esgotamento, é também consagrado no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (WCT, Genebra, 1996), arts. 6 e 12. O Acordo ADPIC (1994, OMC) não toma partido sobre o problema do esgotamento internacional (art. 6.º), embora não deixe de consagrar o direito de controlar as importações.

⁷¹ Para desenvolvimentos ver David T. Keeling, *Intellectual Property in EU Law: Free Movement and Competition Law*, Oxford University Press January, 2004, 75 ss.

⁷² Cf. cons. 18 da Directiva 2000/31/CE; art. 5.º-c, e cons. 33, da Directiva 96/9/CE; cons. 19 da Directiva 2001/29/CE; Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social - Comércio electrónico e fiscalidade indirecta - COM (98) 374 final; Tratado OMPI sobre Direito de Autor, art. 6.º e respectivas declarações acordadas, WCT, Dezembro de 1996. Sobre o princípio do esgotamento no âmbito da propriedade industrial ver Pedro Sousa e Silva, *Direito comunitário e propriedade industrial - O princípio do esgotamento dos direitos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

⁷³ Não obstante afigurar-se seguro que pode haver distribuição por meios electrónicos: ver José de Oliveira Ascensão, *Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia*, RFDUL, XLIV 2003, 67; para desenvolvimentos sobre esta questão ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., 568 ss.

taxas aduaneiras dos Estados têm que ser reduzidas ou eliminadas, os direitos de propriedade intelectual das empresas privadas terão que ser observados à escala global.⁷⁴

2.5. Para além disso, deve destacar-se que o Acordo ADPIC limita a liberdade dos Estados Contratantes no que respeita à existência de limitações e excepções aos direitos exclusivos, sujeitando as legislações dos Estados-Membros à regra dos *três passos*, nos termos da qual as excepções aos direitos exclusivos serão restritas a *casos especiais* que não obstem à exploração da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito (art. 13.º), em sintonia com a Convenção de Berna (art. 9.º, 2).⁷⁵

Assim, as leis nacionais dos Estados Contratantes estarão sujeitas ao controlo desta regra. Pelo que um Estado Contratante cujas indústrias do *copyright* se sintam prejudicadas pelas leis nacionais de outro Estado Contratante poderá solicitar à OMC o controlo de conformidade destas leis nacionais com a regra dos três passos prevista no Acordo ADPIC. Em vista disto, antecipou-se um movimento forte de “caça às excepções”.⁷⁶

A este propósito interessa referir que o novo Tratado da OMPI (1996)⁷⁷ sobre direito de autor também consagra expressamente a regra dos três passos (art. 10.º). Este Tratado destina-se a actualizar a Convenção de Berna às exigências próprias do ambiente digital. Ora, em matéria de excepções, lê-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e excepções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contratantes configurar novas excepções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas excepções e limites no ambiente de rede digital.

Todavia, no *direito comunitário*, a directiva sobre aspectos do direito de autor na sociedade da informação harmonizou o tronco patrimonial deste instituto, definindo os direitos de reprodução, de comunicação ao público e de distribuição (incluindo o seu

⁷⁴ Ver Alexandre Dias Pereira, *A Globalização, a OMC e o Comércio Electrónico*, in *Temas de Integração, A Globalização, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Uruguay Round*, n.º 12, 2002, Coimbra, Almedina, 131.

⁷⁵ Relativamente aos direitos conexos, o Acordo ADPIC remete para os termos em que as limitações e excepções são permitidas pela Convenção de Roma (art. 14.º, 6). O Tratado OMPI sobre direitos conexos também consagra, neste domínio, a referida regra dos três passos (art. 16.º).

⁷⁶ José de Oliveira Ascensão, *O Direito de Autor no Ciberespaço, Portugal - Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Colloquia 2, Coimbra, 94. Sobre o tema v. tb., por exemplo, Robert Burrell, *The Future of the Copyright Exceptions*, in D. McClean and K. Schubert (eds.), *Dear Images: Art, Copyright and Culture*, London: Ridinghouse, 2002, 434 ss.

⁷⁷ Para desenvolvimentos sobre estes tratados ver, e.g., Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

esgotamento comunitário) e prevendo a protecção jurídica dos sistemas técnicos de identificação e protecção. Este acto de harmonização comunitária utiliza os direitos de autor como um instrumento político na construção da sociedade da informação, baseando-se no entendimento de que “a cultura tem um valor económico que a insere em certa medida numa lógica de mercado”⁷⁸.

Em matéria de excepções e limitações, exclui do exclusivo as reproduções técnicas meramente temporárias (art. 5.º, 1), de modo a facilitar a circulação da informação através da Internet, na linha dos preceitos de isenção de responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação previstos na directiva sobre comércio electrónico. Além disso, prevê um catálogo exaustivo de excepções e limitações, de adopção opcional e facultativa (art. 5.º, 2 e 3) no quadro da *regra dos três passos*, isto é, “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material protegido e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

Mas, que significado tem a referência à regra dos três passos depois de terem sido definidas todas as excepções possíveis? Poderá funcionar ainda como um critério que vincula os actos de legislação nacional que transpõem a directiva? Ou tratar-se-á antes de um critério interpretativo para os tribunais, tal como parece ter sido antes consagrado pelas directivas sobre os programas de computador⁷⁹ e sobre as bases de dados⁸⁰, parecendo enxertar-se, *en passant*, uma cláusula de *fair use* ou *fair dealing* típica dos sistemas anglo-saxónicos?

Ora, a introdução de excepções legais aos direitos de autor está sujeita ao *controlo* da OMC, por força do acordo ADPIC. Nesse sentido, parece que as excepções previstas na directiva estarão sujeitas ao controlo de conformidade com a regra dos três passos prevista no acordo. Será que a directiva comunitária viola o Acordo ADPIC? Em última instância, caberá à OMC dizer que excepções estarão em conformidade com a regra dos três passos?

Se assim for, então as *exigências do comércio mundial* poderão sobrepor-se à liberdade dos Estados no que respeita à adequação da sua legislação sobre direitos de autor aos fins de política cultural, educativa e científica, instituindo excepções. Historicamente, a lei dos direitos de autor prevê excepções ao exclusivo destinadas a promover a ciência, a investigação, a educação, o acesso público à informação e a preservação da herança

⁷⁸ *O direito de autor e os direitos conexos na sociedade de informação*, Livro Verde, cit., 15-6.

⁷⁹ Directiva 91/250/CEE, art. 6.º, 3.

⁸⁰ Directiva 96/9/CE, art. 6.º, 3.

cultural.⁸¹ Isto é, os direitos de autor comportam tradicionalmente excepções relevantes aos direitos exclusivos, destinadas a promover o desenvolvimento da investigação científica e da educação, nomeadamente através das escolas e bibliotecas. De igual modo, são normalmente contempladas excepções destinadas a permitir o livre fluxo da informação através dos media, para além de que os direitos de autor não protegem determinados tipos de informação e são limitados no tempo. Depois, os direitos de autor consagram excepções para fins de arquivo, permitindo a preservação da memória cultural em arquivos e centros de documentação. Ora, entre outros aspectos, estas limitações aos poderes exclusivos do direito de autor têm um importante valor social.⁸²

2.6. Além disso, os legisladores nacionais poderão querer utilizar as suas leis do direito de autor com vista à promoção da liberdade de navegação na Internet, permitindo os actos de reprodução meramente técnica, os actos de *descompilação* de *software* e regulando as protecções tecnológicas.⁸³ No direito comunitário, por um lado, a liberdade de navegação na Internet assenta na licitude de certos actos de reprodução temporária. Com efeito, a

⁸¹ Incluindo a informação do sector público. Sobre a questão ver Alexandre Dias Pereira, *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra Editora, 2002, 243; José de Oliveira Ascensão, *A reutilização de documentos do sector público*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, Coimbra Editora, 2004, 65 ss.

⁸² Sobre esta problemática ver, nomeadamente, José de Oliveira Ascensão, *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*, ROA 2001, 1195 ss; Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV 1999, 475 s. Aliás, não é por acaso que se ouvem vozes no direito norte-americano a defender a inconstitucionalidade da lei do copyright na parte em que proíbe as chamadas obras derivadas (direito de adaptação, tradução, etc.) por violar a liberdade de imaginação garantida pelo First Amendment - Jed Rubenfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, The Yale Law Journal, 112/2002, 1 ("the freedom of imagination articulates the First Amendment's core commitment: no one may be legally punished for thinking an unauthorized thought or for expressing an unauthorized idea."); v. tb. num domínio próximo Joshua D. Sarnoff, *Abolishing the Doctrine of Equivalents and Claiming the Future after Festo*, Berkeley Technology Law Journal, 2004, 1157 (à semelhança da inconstitucionalidade do direito à obra derivada). Além disso, a análise económica do direito desmontou já o argumento instrumental dos direitos de propriedade intelectual enquanto mecanismos de promoção do progresso das artes, das ciências e das tecnologias - ver Richard Posner, *Law and Literature*, enlarged and revised edition, Harvard University Press, 1998; sobre a análise económica da propriedade intelectual ver também, por exemplo, Ilkka Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003. De resto, é forte o movimento contra a repressão jurídica das novas potencialidades tecnológicas, numa espécie de movimento libertador dos códigos informáticos contra a sua "colonização" pelos códigos legais, em defesa da liberdade das ideias e da cultura - ver, nomeadamente, Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000, Id., *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, 2002, Id., *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, 2004; Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*, New York University Press, 2003; v. tb. Jule E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, Michigan Law Review 97/1998, 462; Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, California Law Review 2000, 2187; Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: the Troubling Implications of a Right to stop People from Speaking about You* / Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, ambos in Stanford Law Review 52/2000, 1049 e 1283; Jessica Bulman, *Publishing Privacy: Intellectual Property, Self-Expression, and the Victorian Novel*, Comm/Ent 2003, 73; June M. Besek, *Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, Columbia JL&A 2004, 385 (concluindo pela não alteração da DMCA - "At the present time, however, we should allow the new business models enabled by § 1201 the opportunity to continue to flourish" - 513); para mais referências ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor*, cit..

⁸³ Para desenvolvimentos ver Alexandre Dias Pereira, *A Liberdade de Navegação na Internet: Browsers, Hyperlinks, Meta-tags*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, Coimbra, 2002, 227.

“directiva sobre comércio electrónico” determina as condições segundo as quais o direito de reprodução não abrange esses actos, no sentido de serem excluídos do exclusivo os actos de simples transporte e armazenagem temporária e em servidor («*mere conduit*», «*system caching*», «*hosting*»), isentando de responsabilidade os prestadores de serviços da sociedade da informação relativamente à prática de tais actos.⁸⁴ Além disso, a Directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (2001/29/CE) veio esclarecer que não são abrangidos no exclusivo de reprodução os actos transitórios e episódicos (1) que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico (2) cujo único objectivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário (3.1) ou uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar (3.2), e que não tenham, em si, significado económico (4). Isto significa que também o «*browsing*» é excluído do direito de reprodução, bem como, a nosso ver, os actos de hiperligações (*hyperlinks*), sejam simples, profundas ou mesmo incorporantes (o que não significa que não possam ser proibidos por outros institutos jurídicos, nomeadamente a concorrência desleal).⁸⁵

Por outro lado, a promoção da interoperabilidade postula a licitude de operações de descompilação (ou engenharia regressiva) em ordem à criação de produtos compatíveis ainda que concorrentes⁸⁶. Um outro aspecto diz respeito à regulamentação das licenças contratuais de utilização de bens informacionais em suporte electrónico, bem como assim da protecção dos sistemas técnicos de protecção e identificação, que é indispensável para

⁸⁴ Para desenvolvimentos, numa perspectiva de transposição do acto comunitário, ver José de Oliveira Ascensão, *Bases para uma transposição da directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico)*, RFDUL, XLIV 2003, 227. Para uma análise sucinta da transposição ver Alexandre Dias Pereira, *Princípios do comércio electrónico (breve apontamento ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro)*, Miscelâneas, n.º 3, IDET, Coimbra, Almedina, 2004, 75; *Comércio electrónico e consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, CDC/FDUC, Coimbra, 2004.

⁸⁵ Sobre a questão ver José de Oliveira Ascensão, *O cinema na Internet, as hiperconexões e os direitos dos autores*, RFDUL, XLI 2000, 547; Id., *A liberdade de referência em linha e os seus limites*, Revista Forense (Separata), 358, 59; v. tb., por ex., Alexandre Dias Pereira, *A Liberdade de Navegação na Internet*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, cit., 227, com mais indicações.

⁸⁶ Ver Alexandre Dias Pereira, *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Direito da Internet e da Informática*, Ordem dos Advogados, Centro Distrital do Porto, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. A Lei Milénio Digital dos EUA consagrou expressamente, em forma de lei, o case-law elaborado pela jurisprudência deste país com base no princípio de fair use. Esta opção do legislador estadunidense não deixa de contrastar com a solução do legislador comunitário, que se limita a salvaguardar no preâmbulo da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação a cláusula de descompilação prevista na Directiva 91/250/CEE. De todo o modo, a liberdade de navegação na Internet por via da promoção da interoperabilidade através da licitude da descompilação para esses fins parece ser devidamente ressalvada na recente proposta de directiva sobre a patenteabilidade dos inventos que implicam programas de computador. Sobre a doutrina do *fair use* ver, e.g., William F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2nd ed., BNA, Washington; Ann Bartow, *Copyrights and Creative Copying*, Ottawa L&TJ 1-2/2003-2004, 75; Dan L. Burk / Julie Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, Harvard JL&T 2001, 41; Giovanna Fessenden, *Peer-to-peer technology: analysis of contributory infringement and fair use*, IDEA 2002, 391; Michael Birnhack, *The Copyright Law and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up*, IDEA 2003, 233; Tracey Topper Gonzalez, *Distinguishing the Derivative from the Transformative: Expanding Market-Based Inquiries in Fair Use Adjudications*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 2003, 229; v. tb. José de Oliveira Ascensão, *O fair use no direito autoral*, in XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual: A Inserção da Propriedade Intelectual no Mundo Económico, ABPI Anais 2002, 94.

se impedir que “a propósito” da liberdade contratual e, em especial, do direito de autor se acabe por instituir uma espécie de “propriedade tecnológica”⁸⁷, legitimando a chamada *electrificação da rede*. Tenha-se em conta a importância de decidir que excepções aos direitos de autor (e em especial ao *enigmático* direito do fabricante de bases de dados⁸⁸) deverão justificar a licitude de actos de neutralização (e de actividades acessórias) de medidas tecnológicas de protecção. Com efeito, se toda e qualquer neutralização de um sistema técnico de protecção for ilícita então de nada valerão as excepções ao direito de autor, não se prosseguindo no ambiente digital os interesses que acautelam. Pense-se, nomeadamente, na importância dessas excepções para o ensino à distância.

Em face do direito comunitário, o *livre fluxo de informação* e a *liberdade de navegação* poderão estar comprometidas pelo direito especial do fabricante de bases de dados, que beneficia de toda a protecção jurídica do arsenal tecnológico da criptografia; sendo que esse direito protege o que o direito de autor não protegia e no seu recorte negativo não se contam excepções que tradicionalmente estão presentes no direito de autor. A lógica deste direito é apenas a lógica da protecção do investimento, em ordem a promover a chamada indústria e o mercado da informação⁸⁹. Pelo que essa *lógica mercantilista* parece sobrepor-se aos demais imperativos do direito de autor ao nível da definição da sua estrutura como pilar da sociedade da informação.⁹⁰

Mas, poderão as exigências mundiais do comércio levar a que a regra dos três passos não permita sequer o já apertado espaço de interesse geral deixado aos Estados-Membros pelas directivas comunitárias? Parece-nos que quer a excepção de descompilação para fins de interoperabilidade em matéria de protecção do software, quer as exigências da liberdade de navegação na Internet traduzidas na licitude de actos de reprodução técnica deveriam ser preservadas. O mesmo vale para as condições de licitude dos actos de neutralização de sistemas técnicos de protecção e gestão de direitos de autor, em especial no que respeita à licitude da cópia privada digital, como veremos adiante.

2.7. Várias das questões enunciadas levantam o problema de saber qual é a relação entre o direito comunitário e o direito da OMC. Com efeito, quer em matéria do

⁸⁷ Ou «tecnodigital», como sugerimos em *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, cit., *passim*, e *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Commodification, Infonomics and Electronic Commerce*, Heath & Saunders (eds.), London, Kluwer, 2001, 65 ss.

⁸⁸ A exigir “descodificação”, na expressão de José de Oliveira Ascensão (*Bases de dados electrónicas: o estado da questão em Portugal e na Europa*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra, 2002, 14). Para desenvolvimentos sobre este direito *sui generis* ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., sobretudo 670 ss.

⁸⁹ Um outro direito de protecção dos agentes deste mercado foi instituído pela Directiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à protecção jurídica dos serviços de acesso condicional.

⁹⁰ Ver Niva Elkin-Koren / Neil Weinstock Netanel (eds.), *The Commodification of Information*, The Hague/London, Kluwer Law International, 2002.

esgotamento do direito de distribuição, quer em especial no que toca às excepções aos direitos de propriedade intelectual (a regra dos três passos em matéria de direitos de autor e os limites aos direitos de marca e de patente, com implicações delicadas como sejam a liberdade de navegação na Internet, a cópia privada, a publicidade comparativa, os metadados e a interoperabilidade do software), em várias destas questões, dizíamos, o intérprete é confrontado com o problema das relações entre o direito comunitário e o direito da OMC, neste caso o Acordo ADPIC.

Ora, a este propósito, parece que o Tribunal Europeu estará a funcionar como um autêntico “guardião” do direito comunitário contra a “invasão” do direito da OMC⁹¹, elaborando uma importante jurisprudência neste domínio. Entende-se para começar, que o direito da OMC, enquanto acordo internacional celebrado pela Comunidade, é parte do direito comunitário. Depois, presume-se que o direito comunitário é compatível com o direito da OMC. Além disso, as instituições comunitárias interpretam o direito da OMC na sua prática diária e os tribunais europeus utilizam o direito da OMC para interpretar o direito comunitário. Por outro lado, no que respeita à questão das relações entre o direito da OMC e os particulares, nomeadamente empresas, a jurisprudência comunitária firmou vários princípios reguladores. Primeiro, o direito da OMC (tanto os acordos da OMC como os resultados de procedimentos de resolução de conflitos) não tem efeito directo na ordem jurídica comunitária. Segundo, o direito da OMC não fornece critérios para aferir da “legalidade” do direito comunitário derivado, excepto quando os instrumentos comunitários fazem referência explícita ao direito da OMC ou se destinam a transpor ou receber esse direito. Terceiro, não obstante, no que respeita às violações comunitárias do direito da OMC, o dever de fundamentação dos actos comunitários não inclui o dever de fundamentação da compatibilidade desses actos com o direito da OMC, por um lado, e a Comunidade não incorre em responsabilidade extra-contratual pelas violações do direito da OMC, por outro.

⁹¹ Cfr. Francis Snyder, *The Gatekeepers: The European Court and the WTO Law*, CMLR 40, 2/2003, 313 (analisando a jurisprudência comunitária e concluindo, quanto à integração comunitária, que o direito da OMC fornece uma base importante de harmonização comunitária das ordens jurídicas internas, embora a monitorização comunitária do cumprimento das obrigações da OMC pelos Estados-Membros se dirija a estes enquanto Estados-Membros). Sobre as relações entre o direito da OMC, em especial o Acordo ADPIC, e o direito comunitário, ver também Sonja Kreibich, *Das TRIPs-Abkommen in der Gemeinschaftsordnung: Aspekte der Kompetenzverteilung zwischen WTO, Europäischer Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, Frankfurt am Main: P. Lang, 2003; Christoph Julius Hermes, *TRIPs im Gemeinschaftsrecht: zu den innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Übereinkünften*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002. Como exemplos da jurisprudência comunitária vide, nomeadamente: C-61/94 (Germany v. Commission), 1996, ECR I-3989; C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba, 2000, ECR I-675; T-94, 110 & 159/00, Rica Foods (Free Zone) NV, Free Trade Foods NV and Suproco NV v. Commission; T-322 & 350/00, Rica Foods (Free Zone) NV and Trade Foods NV v. Commission, judg. 14 Nov; 188-99, Euroalliances v. Commission, 2001, ECR II-1757.

§ 3. A liberdade de utilização para uso privado no Código do Direito de Autor

3.1. A liberdade de cópia privada é um dos temas mais delicados do direito de autor no ambiente electrónico.⁹² A reprodução é uma das formas de utilização e exploração da obra em que se analisa o direito de autor, ou seja, a reprodução é um dos direitos económicos que se contam no catálogo de direitos de autor. Com efeito, na ordem jurídica portuguesa, o art. 68.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos⁹³ prevê a reprodução como uma das formas nucleares de utilização e exploração da obra que integram o direito exclusivo (alíneas. a, c, d, i). A reprodução é formulada em termos amplos, uma vez que abrange a “reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte” (al. i).

Contudo, este preceito não diz o que é a reprodução, ao contrário do art. 176.º, que a define como “a obtenção de cópias de uma fixação, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte dessa fixação” (n.º 7). Nos termos desta definição, a reprodução pressupõe a existência de uma fixação da obra ou prestação e consubstancia-se na obtenção de cópias dessa fixação, entendendo-se por cópia “o suporte material em que se reproduzem sons e imagens, ou representação destes, separada ou cumulativamente, captados directa ou indirectamente de um fonograma ou videograma, e se incorporam, total ou parcialmente, os sons ou imagens ou representações destes, neles fixados” (n.º 6).

Mas serão válidas as noções previstas no art. 176.º para os direitos de autor em geral? Este preceito integra o título III do Código, onde se regulam os direitos conexos, já não o direito de autor *stricto sensu*. Além disso, parece identificar-se a cópia, enquanto resultado

⁹² Tratámos este problema na Comunicação *A reprodução para uso privado no ambiente analógico e no ambiente digital*, apresentada no Curso sobre *Direito da Sociedade da Informação* (2004/2005), organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sobre o tema ver, e.g., Undine von Diemar, *Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch*, LIT-Verlag, Münster, 2002; H. Schack, *Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG*, ZUM 2002, 497; U. v. Diemar, *Kein Recht auf Privatkopien – Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatvervielfältigung*, GRUR 2002, 587; Tobias Pichlmaier, *Abschied von der Privatkopie? Von der Zukunft einer Institution*, CR 12/2003, 910; Phillipe Laurent, *Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique: un conflit analogique-numérique?*, Ubiquité 16/2003, 27; Lucie Guibault, *‘Vous qui téléchargez des œuvres de l’Internet, pourrait-on savoir qui vous êtes?’*, RDTI 18/2004, 9; G. Rue / F. de Patoul, *L’affaire Napster ou le difficile équilibre entre le droit d’auteur et le respect de la vie privée*, Ubiquité, 12, 7; Stickelbrock, B., *Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter*, GRUR 2004, 740; Alexander Peukert, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses* / Peter Rott, *Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts*, ambos in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 11 e 267, respectivamente; Séverine Dusollier, *Copie privée versus mesures techniques de protection: l’exception est-elle un droit?*, A&M 4/2004, 341-345; Dário Moura Vicente, *Cópia privada e sociedade da informação* (www.apdi.pt).

⁹³ Art. 75.º, 1, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (doravante, salvo indicação em contrário, as disposições legais pertencem ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de Setembro, e 114/91, de 3 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto).

da reprodução, com o suporte material da reprodução. Pelo que a noção de reprodução, mediada pela de cópia, pressuporia a existência de um suporte material. Deste modo, não obstante o direito de reprodução abranger a reprodução “por quaisquer meios” (art. 68.º, 2-i, e, para os direitos conexos, art. 178.º, 1-c), logo se deveria acrescentar, segundo as noções do art. 176.º, que tais meios devem ser adequados à obtenção de cópias em suportes materiais.

Porém, as definições do art. 176.º não são suficientes, uma vez que se restringem aos fonogramas e videogramas, isto é, aos registos resultantes da fixação, em suporte material, de sons ou e/ou imagens provenientes de uma execução ou quaisquer outros, bem como a cópia de obras cinematográficas ou audiovisuais (n.º 4 e 5). Não obstante, parece-nos que as noções do art. 176.º servem, *mutatis mutandis*, para caracterizar a reprodução relevante em direito de autor. Desde logo, permitem distinguir a reprodução da fixação, no sentido de que esta é requisito daquela.⁹⁴

3.2. Ora, no direito de autor português, a reprodução para uso privado é permitida em condições restritas. O Código do Direito de Autor qualifica a reprodução para uso privado como uma forma de utilização livre no capítulo II do título II relativo à utilização da obra (art. 75.º, 2-a, e art. 81.º, 2); também o título III relativo aos direitos conexos não abrange na sua protecção o uso privado, que se considera utilização livre (art. 189.º, 1-a).

O preceito constante do art. 75.º, 2-a, foi introduzido pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto⁹⁵, que transpõe neste particular o art. 5.º, 2-a/b, da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação. Subtrai-se ao direito exclusivo, por um lado, a reprografia (salvo de partituras)⁹⁶ e, por outro, a reprodução em qualquer meio por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais. Todavia, ao autor é devida uma remuneração equitativa pela entidade que tiver procedido à reprodução, salvo “no âmbito analógico” em que o beneficiário da remuneração é o editor.

Para além da desconformidade desta solução com a directiva⁹⁷, levanta-se ainda o problema da conjugação do novo preceito com o art. 81.º-b, que se manteve inalterado. É

⁹⁴ “Quando se fala em direito de reprodução só se tem em vista a produção de exemplares. (...) A reprodução supõe uma fixação anterior, e é dessa fixação que se produzem cópias.” – José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 234, 236.

⁹⁵ Para um comentário a este diploma ver Manuel Lopes Rocha / Henrique Carreiro / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, CentroAtlantico.pt, 2005.

⁹⁶ Já antes, o direito de reprodução foi posto em causa pelas tecnologias de reprografia: “é a realidade da reprografia, com o processo que representa, que exige que seja globalmente repensado o direito de reprodução” (Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 239).

⁹⁷ A atribuição deste privilégio remuneratório no âmbito analógico exclusivamente ao editor não parece em conformidade com a directiva, a qual prevê uma compensação equitativa em benefício dos titulares de direitos. Ora, salvo melhor opinião, o editor será titular apenas de um direito pessoal de gozo relativo à obra, não gozando no direito português, em princípio, de qualquer direito de autor ou conexo. Aliás, em rigor, mesmo no

que já antes este artigo permitia a reprodução “para uso exclusivamente privado, desde que não atinja a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização”.

Aparentemente, o legislador ter-se-á esquecido disto. Que sentido terá esta norma, após a introdução do art. 75.º, 2-a? É que, para além das limitações expressamente previstas, o espaço de cópia privada delimitado por este último preceito não deve atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (art. 75.º, 4).⁹⁸ O art. 81.º-b parece assim ficar esvaziado de conteúdo útil.

3.3. O novo regime institui uma remuneração compensatória pela reprodução para uso privado em benefício dos autores e, no âmbito analógico, dos editores, cuja admissão era contestada na doutrina.⁹⁹ Para esta linha argumentativa, o uso privado cairia fora do direito de autor, enquanto utilização livre, pelo que não justificaria qualquer pretensão remuneratória, em especial a compensação devida pela reprodução ou gravação de obras prevista no artigo 82.º.

A directiva, porém, obrigou os Estados-membros a atribuírem uma compensação equitativa aos titulares de direitos em contrapartida pela liberdade de uso privado (art. 5.º, 2-a/b). Donde decorre que a reprodução para uso privado embora seja uma utilização livre no sentido de que não está sujeita a autorização do titular de direitos já não é uma utilização “livre de direitos de autor”, uma vez que ao titular de direitos é atribuída uma pretensão remuneratória. Trata-se por isso de um espaço de liberdade delimitado pela lei, que parece estabelecer uma causa de justificação da licitude da reprodução senão mesmo um direito à cópia privada.

A reprodução para uso privado não é excluída do direito de reprodução, ao contrário de certas categorias de actos de reprodução meramente técnica (art. 75.º, 1). Esta delimitação negativa do conceito de reprodução, operada em benefício directo das empresas que prestam serviços da Internet, não apenas anula o direito de exclusivo, enquanto direito de

âmbito digital, a directiva não atribui a compensação equitativa aos autores mas antes aos titulares de direitos, os quais podem não ser autores, em virtude de cessão legal ou contratual dos direitos.

⁹⁸ A fonte desta cláusula geral é a própria directiva (art. 5.º, 5), que parece ter convertido a famosa regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 9.º, 2) de critério dirigido aos signatários (Estados) da Convenção a critério de interpretação legal de decisão judicial dos casos concretos, à semelhança do que anteriormente já fizera no domínio da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados.

⁹⁹ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 243 (“Se há uso privado, parece-nos completamente fora de propósito a pretensão de uma compensação pela reprografia. (...) Mas a situação ainda se revela mais absurda se considerarmos que o problema, nomeadamente em matéria de fonogramas e videogramas, não está na indemnização de prejuízos, mas na pretensão de potentes empresas de aumentarem ainda os lucros resultantes de idênticas prestações.”).

proibir tais actos, mas também os subtrai ao círculo de relevância no domínio da compensação remuneratória pela reprodução.

Com efeito, na reprodução para uso privado o acto não é inteiramente excluído do círculo de relevância dos direitos de autor, não obstante estes serem reduzidos a uma pretensão remuneratória ou compensação equitativa. Note-se, porém, que no domínio da reprodução para uso privado não abrangida pela reprografia a directiva condiciona esta pretensão compensatória à utilização pelo titular de direitos de autor de medidas de carácter tecnológico destinadas a impedir a reprodução da obra. Por via disso, o titular de direitos poderia controlar a cópia privada equipando as obras com dispositivos anti-cópia. Pelo que a reprodução para uso privado não seria afinal subtraída ao exclusivo, se bem que então o titular de direitos já não pudesse exigir a referida compensação equitativa.¹⁰⁰

Não terá sido essa, porém, a via seguida pelo legislador português. Tal como permitido pela directiva (art. 6.º, 4, 2º par.), a lei portuguesa dispõe expressamente no art. 221.º, 1, que “as medidas eficazes de carácter tecnológico não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nas alíneas a) (...) do n.º 2 do artigo 75.º, na alínea b) do artigo 81.º (...) e nas alíneas a) (...) do n.º 1 do artigo 189.º do Código, no seu interesse directo, devendo os titulares proceder ao depósito legal, junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitida.” O beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido pode solicitar à IGAC acesso a esses meios, quando, por omissão de conduta por parte do titular, for impedido de realizar a reprodução para uso privado, sendo previsto um procedimento específico para a resolução de litígios (art. 221.º, 3 a 7). Esta solução apoiar-se-á no entendimento segundo o qual “constituiria uma grave lesão nos hábitos culturais dos cidadãos impedir a fruição por estes, nas redes

¹⁰⁰ Em virtude deste regime estabelecido pela directiva, sustentaram alguns autores que o sistema de levies teria os dias contados. Dever-se-ia tal prognose ao facto de as cópias privadas poderem ser controladas por dispositivos de gestão electrónica de direitos, isto é, de os titulares poderem zelar directamente pelos seus interesses, exigindo um pagamento ao utilizador por cada cópia que este desejasse fazer (ver P. Bernt Hugenholtz / Lucie Guibault / Sjoerd van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment (Final Report)*, Institute for Information Law, Amsterdam, March 2003). Numa linha de orientação semelhante, o ECLG pronunciou-se no sentido de que: “To preserve the legitimacy and the integrity of the copyright levy system, copyright levies should not be extended to cover all-purpose digital equipment, nor should it be extended to cover acts of file-sharing on peer-to-peer networks. Moreover, copyright levies should be phased-out as soon as DRM technology is available. (...) In the end, an increasingly large number of users would end up paying a ‘copyright tax’ without actually using copyrighted content. (...) Moreover, such an all-encompassing levy scheme would be perceived by many users as an ‘unlimited license to copy’. We predict that such an expansion would eventually undermine the copyright system as a whole. Following a near-total ‘levitation’ of the copyright system, exclusive rights would effectively cease to exist. Right holders would instead become totally dependent on remuneration rights collected by collecting societies.” (*Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005, Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam).

digitais, da reprodução das obras, para fins exclusivamente privados, domésticos, familiares.”¹⁰¹

Assim, no direito de autor português, a reprodução para uso privado é, em termos gerais, permitida, quer no ambiente analógico quer no digital.¹⁰² Porém, o titular de direitos tem direito a uma remuneração equitativa por essa reprodução, cujo montante deverá variar na razão inversa do número de reproduções permitidas pelo titular de direitos através de medidas técnicas eficazes. A solução encontrada pelo legislador para o problema da reprodução para uso privado parece equilibrada. Resta saber se a cópia privada corresponde a um direito subjectivo ou antes apenas a interesse legalmente protegido.

3.4. Do articulado da lei parece resultar claro que “o princípio continua a ser o da permissão da cópia privada, contra uma remuneração que não poderá deixar de ser colectiva”.¹⁰³ Porém, a questão que se coloca é saber se o direito de autor português estabelece um “direito à cópia privada” que justifique não apenas a invalidade de cláusulas contratuais em contrário¹⁰⁴, mas também a litude da neutralização (e actividades afins) de medidas técnicas de protecção anti-cópia.¹⁰⁵

Quanto ao primeiro aspecto, a solução da lei portuguesa foi claramente no sentido de dar prevalência à liberdade de cópia privada sobre as cláusulas contratuais em contrário. Com efeito, as cláusulas contratuais que visem eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas no art. 75.º, 1 a 3¹⁰⁶, são nulas, embora se ressalve a possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas (art. 75.º, 5).

¹⁰¹ Nuno Gonçalves, *A União Europeia - A propriedade intelectual e a sociedade da informação*, in Revista da ABPI 57/2002, 32.

¹⁰² Defendendo já a liberdade de uso privado nos sistemas informáticos, Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 486.

¹⁰³ José de Oliveira Ascensão, *O Cinema na Internet, as Hiperconexões e os Direitos dos Autores*, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2001, 236.

¹⁰⁴ Sobre a relação entre as limitações aos direitos contratuais e a liberdade contratual ver Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Amsterdam, 2002. Para o direito americano ver, mais recentemente, David Rice, *Copyright and Contract: Preemption After Bowers v. BayState*, Roger Williams University Law Review, IX 2/2004, 595 (contra a neutralização dos limites do copyright por meios contratuais, criticando a jurisprudência).

¹⁰⁵ A delimitação negativa da noção de medidas tecnológicas de protecção operada pelo art. 217.º, 2, *in fine*, no sentido de excluir protocolos, formatos, algoritmos ou métodos de criptografia, codificação ou transformação, é contraditória com a caracterização da eficácia das medidas constante do n.º 3 desse preceito. Sendo o n.º 3 requerido pela directiva, não se percebe o sentido do n.º 2, *in fine*, como destacam Manuel Lopes Rocha / Henrique Carreiro / Ana Margarida Marques / André Lencastre Bernardo, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação*, cit., 75-77.

¹⁰⁶ O n.º 3 do art. 75.º prevê, como utilização lícita, a distribuição dos exemplares lícitamente reproduzidos, na medida justificada pelo objectivo do acto de reprodução. Parece assim que é lícita mesmo a venda ou locação não comerciais, entre particulares, de cópias privadas para uso privado.

Quanto ao segundo aspecto, a lei já não é tão claramente assertiva, embora não deixe de configurar a liberdade de reprodução para uso privado em termos que podem ser interpretados no sentido de atribuir aos utilizadores legítimos um direito à cópia privada.¹⁰⁷ Para começar, é instituído um procedimento administrativo para o exercício desse direito, condicionando assim o recurso à acção directa.¹⁰⁸ Desse procedimento é previsto recurso a um mecanismo alternativo de resolução de litígios, sendo competente a Comissão de Mediação e Arbitragem, de cujas decisões cabe recurso para o Tribunal da Relação.

Não obstante, os titulares de direitos podem “limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado” por via da aplicação de medidas eficazes de carácter tecnológico (art. 221.º, 8). É dizer que a reprodução para uso privado não é inteiramente subtraída ao exclusivo, já que os titulares de direitos poderão estabelecer o número de cópias privadas autorizadas através das medidas tecnológicas.

A questão está em saber que número será esse. O regime de protecção dos programas de computador estabelece o direito a uma cópia de segurança,¹⁰⁹ ao contrário do regime das bases de dados electrónicas que nem sequer isso permitia ¹¹⁰ - se bem que este último pareça ter sido alterado pela directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação (art. 6.º, 4, *in fine*). Mas, a questão ficará em aberto. Entre o zero e o infinito, a directiva não define o número de reproduções livres para uso privado.¹¹¹ De todo o modo, na determinação desse número será necessário atender ao critério da regra dos três passos, nos termos da qual o número de reproduções livres para uso privado não deve atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor (art. 75.º, 4).

Por outro lado, o direito à cópia privada assiste apenas a pessoas singulares, para fins de utilização “num meio familiar”. Por uso privado entende-se a utilização final da obra “num meio familiar”, tal como previsto no art. 108.º, 2. Esta noção de uso privado é semelhante à que se pratica no direito de autor francês, no sentido de se restringir esse

¹⁰⁷ No sentido de que a lei “concede o direito a pessoa singular de efectuar uma reprodução (...) para uso privado”, Joel T. Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, 768-9 (abrangendo a cópia privada na modalidade de *on-line storage*).

¹⁰⁸ “Ein solches Selbsthilferecht ist mit dem in der Richtlinie bestimmen absoluten rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen nicht vereinbar” - Pichlmaier, CR 12/2003, 912.

¹⁰⁹ Nos termos do considerando 50 da directiva sobre direitos de autor na sociedade da informação: “Os artigos 5.º e 6.º dessa directiva apenas determinam excepções aos direitos exclusivos aplicáveis a programas de computador.” Isto poderia ser entendido no sentido de não ser permitida a extensão da doutrina do «software user's rights» aos direitos de autor em geral. Mas parece-nos que o sentido é outro, querendo dizer que a medida da liberdade de uso privado nos direitos de autor em geral não pode tirar-se pela medida que vale no domínio específico dos programas de computador.

¹¹⁰ Directiva 96/9/CE, arts. 6.º, 2-a, e 9.º-a, a contrario.

¹¹¹ Por exemplo, no direito jurisprudencial alemão, a reprodução para uso privado permitia a realização de 7 cópias (cf. Loewenheim/Schricker, *Urheberrecht*, 2. Aufl., 1999, 841-3). Este número deve ser entendido apenas como referência para a aplicação prática da norma, já não como “dogma absoluto” (idem, *ibidem*, anot. § 53, 853), pois depende das necessidades do utilizador no caso concreto.

uso ao uso pessoal e familiar, já não empresarial ou profissional.¹¹² No direito francês, trata-se de uma licença legal para a cópia privada, i.e. a cópia destinada a um uso privado que não é colectivo e que deve servir para uso do próprio copista.

3.5. Note-se, porém, que em França e na Bélgica, a jurisprudência decidiu contra a existência de um direito imperativo à cópia privada. Apesar de a cópia privada ser permitida pelo art. L. 122-5 do Código da Propriedade Intelectual francês e pelo art. 22 da Lei belga do direito de autor, a jurisprudência destes países pronunciou-se no sentido de que a excepção de cópia privada não confere direito à cópia, no sentido de que não será lícita a neutralização de sistemas anti-cópia para esse fim.¹¹³ No caso francês, o tribunal apoiou-se na regra dos três passos no sentido de que a cópia privada de obras protegidas com sistemas anti-cópia afectaria a exploração normal da obra, no caso a edição em DVD com sistema anti-cópia.

Esta jurisprudência é apoiada por diversos autores que entendem que não há um direito geral à cópia privada.¹¹⁴ Ressalva-se, porém, que esta poderá consubstanciar o exercício de um direito fundamental em certas circunstâncias. Isto é, tendo em conta a distinção entre uso criativo, uso concorrencial e uso de consumo, a cópia privada para fins produtivos seria lícita em nome da liberdade de criação, de expressão e de informação¹¹⁵;

¹¹² Cf. Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9ème éd., coll. Stéphane Colombet, Dalloz, Paris, 1999, 184. Segundo a jurisprudência francesa, o círculo de família integra "as pessoas, parentes ou amigos muito próximos, que estão unidas de modo habitual por laços familiares ou de intimidade." (Tribunal de Grande Instância de Paris, 24.1.1984, apud Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, coll. Célia Zolynski, Dalloz, Paris, 2002, 233; de notar que este Autor propõe uma explicitação da noção no sentido de abranger toda e apenas a reprodução destinada a uso privado ou familiar, já não colectivo, realizada sem intervenção remunerada directa ou indirecta de terceiros (238). No direito italiano, a lei prevê um critério de distinção entre utilização pública e privada, nos termos do qual: «Non è considerata pubblica la esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convivito, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro» (Lei nº 633, de 22 de Abril de 1941, ponto 15, par. 2).

¹¹³ Decisão do Tribunal judicial de Paris, de 30 de Abril de 2004 (RIDA, 2004 (202), 323), e decisão do Tribunal judicial de Bruxelas, de 25 Maio de 2004 (A&M 2004, 338). Não obstante, noutras decisões, a jurisprudência francesa acabaria por dar razão aos utilizadores, ainda que com base em regras de protecção dos consumidores, decidindo que uma obra equipada com sistema anti-cópia sem informação respectiva ao consumidor infringiria a lei das garantias de conformidade (cf. decisão do Tribunal de Nanterre, de 24 de Junho de 2003, confirmada pelo Tribunal de recurso de Versailles, em 30 de Setembro de 2004 - Com. Comm. Électr. 2004, 37, com. L. Grynbaum - e decisão do Tribunal de Paris, de 2 de Outubro de 2003 - Com. Comm. Électr. 2003, 32). E, justamente, é forte o movimento no sentido de proteger o interesse dos utilizadores à cópia privada no quadro do direito dos consumidores (v., por ex., Peter Rott, *Die Privatkopie aus der Perspektive des Verbraucherrechts*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 267-288; *Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005, Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam).

¹¹⁴ André Lucas / Jean Devèze / Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris: Presses universitaires de France, 2001, 431 (« l'exception ne fait naître un droit au profit de l'utilisateur. (...) L'article 6.4 de la directive sur la société de l'information ne pose pas le principe d'un droit de l'utilisateur. ») ; v. tb. Séverine Dusollier, *Copie privée versus mesures techniques de protection: l'exception est-elle un droit?*, A&M 4/2004, 341-345 (anotação ao acórdão do Tribunal de Bruxelas de 25 de Maio de 2004); para desenvolvimentos, Id., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique (Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres)*, Bruxelles, Larcier, 2005.

¹¹⁵ Ver, por todos, Paul Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, Columbia Law Review, 1970, 983.

já para fins de consumo, a cópia privada seria ilícita.¹¹⁶ Mas há mesmo quem defenda aqui o fim da cópia privada.¹¹⁷ E que “there should be no way of circumventing these codes based on an exception for private use”, considerando porém que “for works that rightsholders put freely available on the networks, a fair compensation shall be paid.”¹¹⁸

No direito comparado, todavia, encontramos muitos Autores que defendem entendimento mais próximo do nosso. Assim, desde logo, Adolf Dietz¹¹⁹, na sequência da decisão do BGH, de 11 de Julho de 2002, em que se considerou que o direito a remuneração seria uma solução mais benéfica para os autores, uma vez que são os principais beneficiários dessa remuneração. Nesta linha, Geiger sustenta que, atento o actual estado da tecnologia, o melhor seria permitir a cópia privada e reforçar o sistema de *levies*, com o argumento de que enquanto os exploradores e distribuidores preferem o direito exclusivo, os autores são favorecidos pelos *levies* (compensação remuneratória equitativa).¹²⁰ No direito francófono, Larent defende que o melhor seria prever uma excepção de neutralização privada, e abranger na compensação pela cópia privada essa possibilidade.¹²¹ E, por fim, no direito norte-americano há mesmo quem defenda a liberdade geral de cópia privada no ambiente digital, incluindo os sistemas P2P (e.g., Napster), em contrapartida por um regime administrativo de *levies* sobre os suportes e dispositivos de gravação.¹²² Opiniões estas que avalizam a bondade da solução portuguesa e que, a nosso ver, é suportada pela directiva comunitária.¹²³

¹¹⁶ Ver Martin Senftleben, *Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, cit., 159-186.

¹¹⁷ Ver Tobias Pichlmaier, *Abschied von der Privatkopie? Von der Zukunft einer Institution*, CR 12/2003, 910; Günter Poll / Thorsten Braun, *Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie? § 53 Abs. 1 UrhG im Lichte des »Dreistufentests«*, ZUM 4/2004, 266.

¹¹⁸ Tarja Koskinen-Olsson, *Reprography and the Private Copy*, in *Gestão Colectiva do Direito de Autor e Direitos Conexos no Ambiente Digital*, Actas do Colóquio organizado pelo GDA em 23 e 24 de Março de 2000, Coord. GDA, Ministério da Cultura, Lisboa, 2001, 53.

¹¹⁹ Ver Adolf Dietz, *Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany*, A&M 2003, 348 ss.

¹²⁰ Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test*, CRI 1/2005, 10 (“As long as a technical solution has not been found, it would be preferable to admit private copying as an enforceable right against technical devices and to solve the problem by a working system of equitable remuneration.”); v. tb. Id., *Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur des Beschränkungen des Urheberrechts*, in Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 143.

¹²¹ Phillipe Laurent, *Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique: un conflit analogique-numérique?*, Ubiquité 16/2003, 27.

¹²² William Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, Stanford, 2004 (a favor de um regime administrativo de taxação dos suportes e dispositivos de gravação); v. tb. Neil W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free p2p File-swapping and Remixing*, Harvard JOL&T, 17/2003, 1-84, S.P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward system*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 1998, 301-359; Robert J. Delchin, *Music Copyright Law: Past, Present and Future of Online Music Distribution*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 22/2004, 343-399 (em favor da compensação, contra a proibição); Jacob Weiss, *Harmonizing Fair Use and Self-Help Copyright Protection of Digital Music*, Rutgers Computer and Technology Law Journal 2004, 203 (“Shutting down P2Ps amounts to Luddism, and allowing them to go unchecked is anarchic. (...). The creation of an administrative body, as referee and moderator, will guarantee that the ideals of copyright are not usurped by digital vigilantism” 232-5). Todavia, isto poderia

3.6. O tema da reprodução para uso privado evidencia bem a transformação que o direito de autor sofreu no processo de adaptação ao novo ambiente tecnológico.¹²⁴ Com efeito, no ambiente analógico a reprodução para uso privado começou por ser um “não problema”. Desde logo porque dificilmente alguém investiria em máquinas de impressão para uso privado das obras, sendo a cópia realizada manualmente.

A cópia privada é um problema do moderno direito de autor, decorrente das tecnologias de reprodução em massa.¹²⁵ Trata-se de um assunto que é objecto de pretensões conflitantes. Por um lado, o titular de direitos de autor e conexos quer abarcar a cópia privada no seu exclusivo no sentido de a poder controlar ou pelo menos de por ela obter uma compensação para os alegados prejuízos.¹²⁶ Por outro lado, o utilizador privado (ou consumidor) reclama um direito à cópia privada, no sentido de lhe ser permitido gozar livremente os conteúdos protegidos por direitos de autor e conexos sem intromissões na sua privacidade; até porque só assim poderá concretizar plenamente a sua liberdade de aprendizagem, de informação, de criação cultural, ou tão-só de entretenimento. Pelo meio, os agentes do mercado de equipamentos e suportes de gravação juntar-se-ão tendencialmente aos utilizadores privados, no sentido de afirmar a cópia privada como um espaço livre de direitos de autor (e conexos). Nesta perspectiva, a reprodução para uso privado seria pura e simplesmente excluída do direito de reprodução, tal como sucedeu relativamente a certas categorias de actos de reprodução meramente técnica.

significar a “morte do direito de autor” enquanto direito de exclusivo (G. S. Lunney, *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, Virginia Law Review 2001, 900). De todo o modo, para esta perspectiva, seria hoje claro que o direito de autor ao proibir a utilização, quer meramente de consumo quer para fins produtivos, gera grandes ineficiências económicas, existindo um paradoxo intrínseco no fundamento económico do direito de autor: ao mesmo tempo que serve de incentivo para a criação, impede essa mesma criação (entendida como recriação) e o mero uso de tais bens informativos. O sistema compensatório seria justamente a via mais fácil para superar tais ineficiências.

¹²³ Sem prejuízo de se reconhecer que, ao deixar a liberdade de cópia privada ao arbítrio dos Estados-Membros, a directiva comunitária torna possível a erradicação da reprodução para uso privado no ambiente electrónico. Em vista disso, no estudo do ECLG (European Consumer Law Group), *Copyright Law and Consumer Protection*, ECLG/035/05, February 2005 (Policy conclusions of the European Consumer Law Group (ECLG) based on a study carried out by Dr. Lucie Guibault and Ms Natali Helberger, academic researchers at the Institute for Information Law, University of Amsterdam), apela-se à Comissão no sentido de tornar imperativa a liberdade de cópia privada: “The ECLG urges the European Commission to: (...) Consider that in view of the social importance of allowing consumers to make a small number of copies (3 to 5) of protected works for private purposes, the adoption by Member States of appropriate measures to ensure that right holders make available the means of benefiting from the private use exemption should not be left as an option, but should be made mandatory. (...) Oblige users of TPMs or DRM more generally to respect the exceptions and limitations on copyright (...) and to inform consumers on whether TPMs and DRMs are used and how they affect the usability of digital content.”

¹²⁴ Ver Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, cit., *passim*.

¹²⁵ Ver, por ex., H. Astier, *La copie privée*, RIDA 1986, 113; S. Breyer, *The uneasy case for copyright: a study on copyright in books, photocopies and computer programs*, Harvard Law Review, 1970, 316.

¹²⁶ No sentido de que a cópia privada das obras “causa necessariamente prejuízo à exploração normal destas e aos respectivos autores”, destinando-se a compensação pela reprodução ou gravação de obras previstas no art. 82.º a “atenuar o prejuízo daquela situação”, Luiz Francisco Rebello, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Anotado)*, 3.ª ed., Âncora, Lisboa, 2002, 136-7.

Efectivamente, a cópia privada começa por ser um problema para os titulares de direitos, que alegam violação da sua propriedade intelectual e prejuízos consideráveis, sobretudo lucros cessantes, sobretudo com o «wood-stock» electrónico que se tem vivido na Internet, em virtude da revolução MP3 e dos sistemas Napster e seus derivados P2P («peer-to-peer»).

¹²⁷ Já o utilizador final (ou consumidor) de conteúdos protegidos pelos

¹²⁷ O Napster é um serviço de partilha de ficheiros, que utiliza um servidor central como motor de pesquisa que permite aos seus utilizadores copiarem música dos computadores de outros utilizadores do sistema. De acordo com o relatório da OMPI *Intellectual Property on the Internet*, em Fevereiro de 2000, o Napster tinha cerca de mais de milhão e meio de subscritores. Mas, em Junho de 2001, este número cairia para os cento e vinte mil. Muito sumariamente: as editoras de música consideraram que a cópia de música com o Napster constituía violação directa dos direitos de autor e o Tribunal decidiu no famoso caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* (239 F.3d 1004, 9th Cir., 2001) que o descarregamento não constituía “fair use” nos termos da lei americana dos direitos de autor (§ 107), uma vez que, apesar de o serviço Napster ser gratuito e de os utilizadores efectuarem a reprodução para uso privado, “repeated and exploitative copying of copyrighted works, even if the copies are not offered for sale, may constitute commercial use.” Ora, os utilizadores do Napster usariam este serviço para poupar o custo da compra das músicas, causando uma queda de cerca de 15% nas vendas de músicas nos dois anos precedentes, segundo informação das editoras. Todavia, não apenas foram os utilizadores do Napster responsabilizados por violação directa aos direitos de autor, como o próprio Napster seria responsável por participação, em virtude de ter conhecimento das actividades infractoras e de ter um interesse financeiro directo em captar utilizadores dos seus serviços como clientes. Contudo, a decisão do caso Napster não erradicou os sistemas P2P. Pelo contrário, novos sistemas foram desenvolvidos (e.g., Gnutella, Audiogalaxy, KaZaA, MusicCity, Morpheus e Grokster), os quais já não requerem um servidor centralizado para efectuar as buscas e as cópias, já que é o próprio computador do utilizador que funciona como motor de busca. Ora, em 2003, só na Europa Ocidental existiam mais de onze milhões de utilizadores. Os utilizadores destes sistemas estão a ser processados pelos titulares de direitos. Nos EUA, a *Motion Picture Association of America* processou os operadores de redes P2P, tais como KaZaA, MusicCity e Grokster, por violação de direitos de autor em filmes e gravações sonoras (*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., C.D. Cal.*). De um modo geral, a jurisprudência tem sido favorável às suas pretensões. Por ex., o Tribunal judicial de Tóquio ordenou uma providência cautelar contra a Japan MMO proibindo-a de operar um serviço P2P chamado File Rogue, e na República da Coreia, o tribunal judicial de Sungnam ordenou o encerramento do mais famoso P2P da Coreia, o Soribada, com cerca de 12 milhões de utilizadores. Todavia, na Holanda, o Tribunal de Justiça de Amesterdão pronunciou-se a favor do operador KaZaA, não o responsabilizando pelos abusos dos utilizadores do seu software de partilha de ficheiros (*KaZaA v. Buma-Stemra, Gerechtshof Amsterdam, March 28, 2002, rolnr. 1370/01*). Segundo o referido relatório, para além das vias judiciais, as empresas têm adoptado estratégias alternativas de protecção contra estes sistemas. Uma estratégia, que visa tornar menos atractivos os sistemas P2P é a distribuição de ficheiros «spoof» (sátira) de música ou filmes nas redes P2P, que contêm apenas partes degradadas da obra. Outra estratégia consiste em utilizar tecnologias digitais para monitorizar potenciais violações aos direitos de autor por parte de utilizadores de materiais protegidos. Em especial, estão a ser desenvolvidos motores de pesquisa que buscam filmes nas redes P2P e depois enviam cartas de “cease-and-desist” aos utilizadores através dos prestadores de serviços Internet (ISPs), os quais, por sua vez, buscam potenciais infractores monitorizando utilizadores em banda larga, dado que a largura de banda é necessária para trocar grandes ficheiros de filmes. Todavia, esta última estratégia levanta questões jurídicas delicadas. Não por acaso nos EUA foi apresentada no Congresso uma proposta de lei destinada a imunizar os titulares de direitos de autor de responsabilidade resultante de violações que pudessem cometer por via de “disabling, interfering with, blocking, diverting, or otherwise impairing” o uso não autorizado das suas obras em rede P2P publicamente acessíveis. Todavia, esta proposta suscitou muitas críticas, não apenas internas mas também externas, uma vez que tal imunização funcionaria apenas para o direito dos EUA, deixando as empresas expostas a responsabilidade noutras jurisdições por acesso não autorizado a sistemas informáticos e violação de leis da privacidade. Além disso, dentro do leque de medidas de protecção encontra-se ainda a tecnologia dos discos compactos “à prova de cópia” («copyproof»), que impede a execução dos CDs nos leitores de discos dos computadores, devido a erros inseridos no ficheiro ou mascarando um ficheiro áudio como ficheiro de dados de modo a tornar a música irreconhecível pelo CD-ROM. Todavia, estas medidas podem ser neutralizadas, pelo que se reclama a proibição da neutralização e actos afins. A jurisprudência americana tem sido favorável às pretensões dos titulares de direitos. No caso *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* (S.D.N.Y., January 14, 2000, 82 F. Supp. 2d 211), o arguido foi considerado responsável por violação dos direitos de autor em virtude de ter colocado o DeCSS, um descodificador para o Content Scramble System (CSS) usado para codificar filmes em DVDs e assim tornar possível a sua execução no ambiente Linux, um software de fonte aberta. O Tribunal rejeitou o argumento do Réu de que a condenação impediria o *fair use* do material descodificado. No caso *United States of America v. Elcom Ltd. a/k/a ElcomSoft Co. Ltd, and Dmitry Sklyarov*, o tribunal proferiu uma condenação por responsabilidade criminal nos termos do

direitos de autor e conexos reivindicará um direito à cópia privada, não apenas em razão dos preços monopolistas praticados pelos titulares de direitos, em especial os distribuidores, mas também porque os titulares de direitos de autor e conexos não deveriam devassar a sua privacidade para controlar o uso dos conteúdos: “the elimination of the right of private copying would simply enable copyright owners to charge monopolistic prices; (...) to eliminate private copying would be to extend the copyright market into the home, the schoolroom, and the office by the imposition of a user’s tax”.¹²⁸ Com efeito, a única maneira de controlar a cópia privada (ou a neutralização de sistemas anti-cópia que impedem tal cópia) é invadir a reserva de vida privada (ou privacidade) do utilizador.¹²⁹

Além disso, aos agentes (produtores, distribuidores) do mercado de equipamentos e suportes de reprodução (analógicos e/ou digitais) interessa que a cópia privada seja livre, sob pena de terem que compensar os titulares de direitos por alegado enriquecimento sem causa - senão mesmo de serem responsabilizados por comparticipação -, já que se afigura insofismável que uma das finalidades típicas dos gravadores de discos (analógicos ou digitais) para os utilizadores privados (consumidores) é a reprodução (também) de conteúdos protegidos pelos direitos de autor e conexos, embora não seja menos certo que estes dispositivos tenham criado novas formas de exploração dos conteúdos (por ex., os clubes de vídeo), em proveito sobretudo dos titulares de direitos.¹³⁰

DMCA devido a neutralização de medidas técnicas de protecção de software de livros electrónicos comercializado pela empresa Adobe Systems Inc., uma vez que a neutralização do programa apesar de legal segundo a lei russa era proibida pelas medidas anti-neutralização da DMCA (cf. *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, WIPO, Geneva, 2002, 54 ss).

¹²⁸ Ray L. Patterson / Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users’ Rights*, Athens/London: The University of Georgia Press, 1991, 157-8.

¹²⁹ Para desenvolvimentos sobre este direito ver Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Boletim da Faculdade de Direito, LXIX 993, 479. Seria interessante apurar se e em que termos as directivas sobre dados pessoais e protecção da vida privada nas comunicações electrónicas não estarão a comprimir a configuração do direito à vida privada, em matéria de sigilo de comunicações, tal como definida pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Para uma análise desta jurisprudência ver Alexandre Dias Pereira, *Privacy and Phone-Tapping: The Price of Justice in the European Union*, Temas de Integração, Portugal, o Brasil e a Globalização - 500 Anos a Caminho do Futuro, 2º Semestre de 2000; 1º Semestre de 2001, n.ºs 10 e 11, Coimbra, Almedina, 171.

¹³⁰ Em termos de análise económica, a compensação pela reprodução (*levies*) justificar-se-ia enquanto mecanismo de reposição do incentivo à criação intelectual, atribuindo ao titular de direitos a possibilidade de recuperar o seu investimento contra prejuízos resultantes de um cenário de cópia privada generalizada e de alta qualidade. Todavia, a análise económica também fornece argumentos contrários à compensação. Para começar, nem toda a cópia privada substitui a compra do exemplar «genuíno», pelo que não existirá uma relação directa entre os prejuízos dos titulares de direitos e os números da cópia privada. Além disso, quanto maior o preço do original menor será tendencialmente a sua procura, levando os prejuízos a diminuir na razão inversa do aumento dos preços em razão da diminuição tendencial da procura. Por outro lado, contra a sujeição dos equipamentos de reprodução à compensação argumenta-se que os titulares de direitos podem praticar preços mais elevados pelo facto de existirem dispositivos de gravação, ou seja, os produtores de equipamento criam um valor susceptível de apropriação pelos titulares de direitos, especialmente no que toca a tecnologia de uso misto, nomeadamente os gravadores de vídeo, que são usados sobretudo para ver filmes comprados ou alugados em clubes de vídeo, criando assim um novo e lucrativo mercado para os titulares de direitos de autor (ver a análise económica de Koelman, *The Levitation of Copyright*, cit.).

Porém, actualmente, uma das maiores preocupações suscitadas pela Internet é o facto de se tornar possível a instauração tecnológica de um “panóptico ciberespacial” ou “Big-Brother electrónico”, que controlará virtualmente todos aqueles que queiram ver/ouvir/ler sem pagar ou, ao menos, sem licença. Os direitos de autor poderão aqui surgir como pretexto para se invadir a esfera privada dos cibernautas, tratando cada computador pessoal ligado à rede¹³¹ como um potencial servidor, como se quem estivesse em linha estivesse em público, e procurando, no fundo, eliminar a liberdade de cópia privada no ambiente digital.¹³² Por via disso, pretenderá justificar-se a licitude de os detectives electrónicos da «cyberpol» se alojarem na memória dos computadores pessoais, passando-os em revista, para saber se contêm reproduções não autorizadas de obras e prestações protegidas.¹³³

As opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por ex., os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas¹³⁴, poderão satisfazer convenientemente os interesses dos titulares de direitos de autor (e conexos) através de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos. Esta parece ser a via apontada pela directiva sobre direito de autor na sociedade da informação (art. 5.º, 2-a). Com efeito, esta directiva permite a reprodução electrónica ou digital “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais”, na medida em que “os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico” (art. 5.º, 2-b), mais acrescentando que tal excepção só será permitida “em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito” (art. 5.º, 5).

Note-se porém que esta referência à «regra dos três passos» - que se afirma como critério interpretativo para a decisão judicial de casos concretos - parece contraditória com a concretização da cópia privada como caso especial segundo a Convenção de

¹³¹ Uma forma de localização dos utilizadores é através do seu endereço de IP, o qual pode ser considerado dado pessoal – ver Catarina Sarmento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais (A propósito da legalização de tratamento de dados pessoais (incluindo televigilância, telecomunicações e Internet por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso)*, Almedina, Coimbra, 2005, 71.

¹³² Já salientámos este ponto em *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, 263.

¹³³ Ver Alexandre Dias Pereira, *Música e electrónica: sound sampling, obras de computador e direitos de autor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, APDI/FDUL, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 311; v. tb. José de Oliveira Ascensão, *Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico?*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, 787-795.

¹³⁴ Para uma análise abrangente do direito internacional e do direito comparado sobre as medidas técnicas de protecção ver, por ex., Jacques de Werra, *Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)*, RIDA 189/2001, 67.

Berna.¹³⁵ Além disso, o instrumento comunitário permite que um Estado-Membro tome medidas no sentido de os beneficiários da excepção de cópia privada poderem dela tirar partido, isto é, um Estado-Membro poderá prever na sua lei interna que a utilização (bem como a sua promoção, distribuição, etc. – art. 6.º, 1 e 2) de dispositivos de neutralização de um sistema anti-cópia não será proibida, “a menos que a reprodução para uso privado já tenha sido possibilitada por titulares de direitos na medida necessária para permitir o benefício da excepção ou limitação em causa e em conformidade com o disposto no n.º 2, alínea b), e no n.º 5 do artigo 5.º, sem impedir os titulares dos direitos de adoptarem medidas adequadas relativamente ao número de reproduções efectuadas nos termos destas disposições” (art. 6.º, 4. par. 3).¹³⁶

3.7. A liberdade de reprodução para uso privado, se por um lado parece conferir ao utilizador um direito à cópia privada (ou pelo menos servir de causa de justificação da sua licitude), por outro atribui aos titulares de direitos uma pretensão remuneratória destinada a compensar equitativamente os seus prejuízos potenciais, ainda que se reconheça que “à expansão dos meios de informação não corresponde necessariamente prejuízo comercial.”¹³⁷ Assim, a directiva estabelece um preço à liberdade de cópia privada que é a atribuição de uma compensação equitativa aos titulares de direitos, independentemente de prova de prejuízos.

Vários países têm um sistema de compensação dos titulares de direitos de autor pela reprodução para uso privado (“levies”).¹³⁸ Enquanto a imprensa era necessária para realizar cópias em grandes quantidades, a cópia privada, feita à mão, não era geralmente considerada infracção. Em alguns países, a cópia privada foi expressamente excepcionada. Por exemplo, a Lei alemã dos direitos de autor de 1901, dispunha, no art. 15(2), que a

¹³⁵ Neste sentido, J. Oliveira Ascensão, *A transposição da directriz n.º 01/29*, cit., 921 (“Estas disposições são contraditórias” - negrito omitido). A subordinação das limitações aos direitos de autor à regra dos três passos decorre também do Acordo ADPIC/TRIPs, o qual se norteia em primeira linha pelos interesses do comércio mundial e dos seus principais agentes. Essa parece ser, com efeito, a orientação imprimida ao teste dos três passos pela “jurisprudência” da OMC, firmada pelo painel na decisão de 15 de Junho de 2000, relativa ao Art. 110(5) da lei do copyright dos EUA, nos termos da qual o critério da exploração normal envolvia a necessidade de considerar as formas de exploração que geram actualmente proventos para o autor bem como as que, com toda a probabilidade, são capazes de ter importância no futuro. Por causa da subordinação das leis nacionais e inclusive das directivas comunitárias a um teste dos três passos favorável aos interesses mercantis dos titulares de direitos fala-se na emergência de um direito de autor supra-nacional. Ver Jane Ginsburg, *Vers un droit d’auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l’OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d’auteur*, RIDA 187/2000, 3.

¹³⁶ Este “emaranhado” da directiva resultou de um processo legislativo algo atribulado, que levou mesmo Hugenholtz a considerá-la uma “monstruosidade” jurídica (*Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR 11/2000, 502). Para outros, a directiva que se destinava a adaptar o direito de autor às necessidades da sociedade da informação, “has completely failed in its mission to clarify positive law and has seriously disturbed the underlying equilibrium in this field” (C. Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test*, CRI 1/2005, 7).

¹³⁷ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 241.

¹³⁸ Para uma descrição deste sistema nos países da EU ver Lucie Guibault, *The Reprography Levies across the European Union*, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, March 2003.

realização de cópia para uso privado não constituía infracção, na medida em que não se destinasse a retirar lucros da obra. Uma razão para isentar a cópia privada em pequena escala era o facto de que o autor da reprodução para uso privado não competir com o titular de direitos, não tendo por isso a cópia privada um impacto quantificável nos seus proventos.

Contudo, quando nos anos cinquenta e sessenta do século XX as novas tecnologias da comunicação, como, por ex., o gravador de cassetes, tornaram possível a realização fácil de cópias das obras, o entendimento sobre a cópia privada mudou. Em 1955, o Supremo Tribunal Federal alemão, na sentença “Tonband”, decidiu que, considerando os grandes lucros perdidos através da cópia privada, a actividade não deveria ser abrangida pela isenção de cópia privada da lei alemã de 1901.¹³⁹ Em 1964, o BGH acrescentaria na sentença “*Personalausweise*” que, apesar de a cópia privada infringir o direito de reprodução, os titulares de direitos não poderiam proibir a cópia privada porque a aplicação de um direito de proibir a cópia privada violaria necessariamente o direito à privacidade e também porque, na prática, seria inviável policiar a cópia privada.¹⁴⁰ Pelo que o Tribunal recomendou a introdução, por via legislativa, de um direito a remuneração. Recomendação que seria acolhida pelo legislador germânico (e seguida por diversos países), ao introduzir um direito legal a uma remuneração equitativa, a qual é paga através de uma taxa na venda de equipamentos e suportes virgens de reprodução e distribuída aos autores através de entidades de gestão de direitos.¹⁴¹

Em França, a lei de 3 de Julho de 1985 criou um direito a remuneração pela cópia privada. A lei de 3 de Janeiro de 1995 criou um sistema de gestão obrigatória do direito de reprografia. Em 1994, a taxa pela cópia privada audiovisual rendeu 686 milhões de francos (+/- 68,6 milhões de euros, ou 13 milhões de contos). A taxa pela cópia privada sonora rendeu 120 milhões de francos (12 milhões de euros, ou 2 milhões e quatrocentos mil contos).¹⁴² Além disso, o art. 15 da Lei, de 17 de Julho de 2001, estabelece que os titulares da remuneração são os autores, os artistas intérpretes e os produtores de fonogramas e videogramas nos quais são fixadas obras bem como os autores e os editores de obras fixadas em qualquer outro suporte pela sua reprodução num suporte de registo numérico.

Nos EUA, a jurisprudência estabeleceu a doutrina do «*time-shifting*». No caso *Sony, Corp. v. Universal City Studios, Inc.* (1984), o Supremo Tribunal deste país decidiu, no quadro da doutrina do *fair use* - que aponta como factores de determinação da licitude da utilização

¹³⁹ BGH, 18/5/1955 (*Tonband*), GRUR 10/1955, 492.

¹⁴⁰ BGH, 25/5/1964 (*Personalausweise*), GRUR 2/1965, 104.

¹⁴¹ Esquema semelhante relativamente às fotocopiadoras foi introduzido em 1985 na Lei alemã do direito de autor, na sequência da sentença “*Kopierladen*” de 1983 do BGH (BGH 9/6/1983, GRUR 1/1984, 54).

¹⁴² Cf. Bellefonds, *Droits d'auteur*, cit., 239, em nota.

inter alia o efeito económico do uso no mercado actual e/ou potencial da obra e a quantidade e substancialidade da porção utilizada - , que era *fair* a gravação de vídeos feita por indivíduos em casa da programação da radiodifusão televisiva *off-the-air* para fins de «*time-shifting*». Posteriormente, em 1992, o Congresso norte-americano aprovaria a lei *Audio Home Recording*, que consagrou protecção jurídica e tecnológica para as gravações sonoras. Por um lado, esta lei impõe a instalação de sistema de gestão de cópias em série em todos os equipamentos e suportes de gravação digital sonora que sejam importados, produzidos ou distribuídos nos Estados Unidos. Este sistema permite a cópia digital ilimitada de primeira geração, mas impede a reprodução das gravações a partir dessas cópias. Por outro lado, a lei proíbe a importação, produção ou distribuição de qualquer dispositivo, bem como a oferta ou prestação de qualquer serviço, cujo objectivo principal seja a neutralização de qualquer programa ou circuito que implemente um sistema de gestão de cópias em série. Além disso, esta lei estabelece também um sistema de compensação pelo qual os importadores e produtores de equipamentos e suportes de gravação digital sonora são obrigados a pagar por cada equipamento ou suporte que distribuem. Estes pagamentos são recolhidos pelo *Copyright Office* e distribuídos anualmente às empresas de gravações, artistas intérpretes ou executantes, editores musicais e escritores de canções.¹⁴³

3.8. Em Portugal, a compensação pela reprodução foi introduzida pelo Código do Direito de Autor e regulamentada pela Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto. Esta alteração legislativa procurou suprir a inconstitucionalidade de alguns preceitos da versão inicial, em especial o art. 3.º relativo à fixação do montante da remuneração, que agora fixou em 3% ao invés de remeter para despacho ministerial conjunto das Finanças e da Cultura. O juízo de inconstitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 616/2003, Processo n.º 340/99 (Rel. Conselheiro Paulo Mota Pinto), apoiava-se no pressuposto de que a remuneração “é substancialmente um imposto”¹⁴⁴, fundamentando tal entendimento no dever de afectação de “20% do total das remunerações percebidas para acções de incentivo à actividade cultural e à investigação e divulgação dos direitos de autor e direitos conexos” (art. 7.º, 1, da versão inicial da Lei). Só que este artigo foi eliminado pela alteração introduzida pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto (art. 8.º), e com ele o apoio normativo de tal concepção, de resto então contestada com fortes argumentos pelo Conselheiro Araújo na sua

¹⁴³ Cf. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, 11-12 (23).

¹⁴⁴ Oliveira Ascensão, *Direito de Autor*, cit., 248. Contra, considerando “profundamente errado confundir” a compensação “com uma taxa ou um imposto”, L. Francisco Rebello, *Código*, cit., 137. No sentido de que se trata de uma figura *sui generis*, Moura Vicente, *Cópia privada*, cit., 13.

declaração de voto. Actualmente, o propósito único da compensação devida pela reprodução ou gravação de obras é “beneficiar os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e os produtores fonográficos e videográficos” (art. 2.º).

O Código do Direito de Autor consagra um sistema de compensação devida pela comercialização de equipamentos e suportes de reprodução (art. 82.º), e a Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, regula este sistema.

Para começar, o âmbito de aplicação desta lei isenta os computadores, os programas de computador, as bases de dados electrónicas, e os equipamentos de fixação e reprodução digitais (art. 1.º, 2): ora porque não são meios principalmente destinados à reprodução de obras e outros materiais protegidos, ora porque se procura promover a Sociedade da Informação não impondo encargos económicos ao comércio deste tipo de dispositivos. Apesar destas razões, a isenção dos equipamentos de fixação e reprodução digitais parece-nos bastante problemática, tanto mais que nem todos os conteúdos digitais são equipados com medidas de protecção tecnológica destinadas a impedir a sua reprodução e outros actos reservados ao titular de direitos, nem sobre estes impende qualquer obrigação de colocarem as obras no mercado com as referidas medidas de protecção.¹⁴⁵

Prosseguindo a análise, no que respeita aos equipamentos e suportes abrangidos (art. 2.º), a compensação é aplicada a quaisquer equipamentos mecânicos, químicos ou electrónicos cuja finalidade única ou principal seja permitir a fixação e a reprodução de obras, à excepção dos equipamentos digitais (e.g., telefones móveis e leitores MP3), bem como a suportes materiais virgens analógicos ou digitais, à excepção do papel, previstos no art. 3.º, 4. Nos termos deste preceito, os suportes analógicos incluem as cassetes áudio e vídeo (VHS) e os suportes digitais incluem CD (CD-R audio, CD-R data, CD 8cm, Minidisc, CD-RW audio, CD-RW data) e DVD (DVD-R, DVD-RW, DVD-RAM). É também devida compensação por qualquer fixação ou reprodução que possa ser obtida por qualquer destes meios.

O regime da compensação remuneratória varia depois em função dos equipamentos e dos suportes de fixação e de reprodução. Quanto aos primeiros (equipamentos), o valor da remuneração é fixado legalmente em 3% do preço de venda ao público, antes da aplicação do IVA, estabelecido pelos fabricantes e importadores (art. 3.º, 1). Quanto aos segundos

¹⁴⁵ A este respeito a lei dispõe que a “aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador intelectual” (art. 217.º, 4). É dizer que os autores são livres de lançarem publicamente as suas obras sem medidas técnicas de protecção, até porque desse modo poderão melhor difundir as suas criações. Além disso, os exploradores das obras, em especial editores e produtores, não são obrigados a equipar as obras com as referidas medidas técnicas, pelo que não o fazendo poderão reclamar uma pretensão remuneratória equitativa pela reprodução privada, independentemente dos equipamentos e dos suportes utilizados, tal como previsto na directiva. Parece-nos, por isso, que ao deixar de fora *tout court* os equipamentos e muitos suportes digitais de reprodução a lei portuguesa não está inteiramente em conformidade com a directiva comunitária.

(suportes), a lei estabelece valores específicos para cada tipo de suporte, analógicos e digitais (e.g., na cassete áudio (suporte analógico) a compensação é de 0,14, enquanto no CD-R áudio (suporte digital) é de 0,13 - valores em euros). Relativamente às fotocópias, apesar de o papel estar isento, as empresas que se dedicam ao comércio de fotocópias e afins de obras devem aplicar uma “taxa” de 3% do valor do preço da venda, antes da aplicação do IVA (art. 3.º, 2).¹⁴⁶ Para cobrar e gerir as quantias resultantes da compensação pela fixação e reprodução é prevista uma pessoa colectiva, nos termos do art. 5.º. As entidades que pretendam comercializar fotocópias devem celebrar acordos com esta entidade de gestão (art. 3.º, 3).

§ 4. Observações finais

4.1. A nível europeu, a construção jurídica da sociedade da informação tem sido arquitectada principalmente pelo legislador comunitário, que elegeu os direitos de autor como um dos alicerces fundamentais deste novo edifício jurídico. Entre outros instrumentos, destaca-se a directiva 2001/29/CE, que harmoniza o núcleo patrimonial dos direitos de autor e conexos, colocando-os ao serviço do mercado interno e da sociedade da informação segundo um elevado nível de protecção correspondente à sua concepção como propriedade. São definidos os direitos de reprodução, comunicação ao público e distribuição, e previstas as suas excepções. Na linha da jurisprudência comunitária e tal como antes previsto em outros instrumentos, consagra-se o esgotamento comunitário do direito de distribuição relativamente a objectos corpóreos, por exigências da liberdade de circulação de mercadorias no mercado interno. Além disso, as reproduções efémeras e ditas sem valor económico (mero transporte, caching, hosting e browsing) são excluídas do direito de reprodução, em benefício directo dos chamados prestadores de serviços da Internet. Quanto a outras excepções, é previsto um catálogo taxativo que enumera exhaustivamente as excepções que os Estados-Membros podem manter ou adoptar. Em resultado, gera-se um direito de autor “a duas velocidades”, tanto mais que as excepções ficam subordinadas à regra internacional dos três passos. Neste contexto, a liberdade de cópia privada no ambiente electrónico fica comprometida, não obstante a directiva a permitir em contrapartida por uma compensação equitativa.

¹⁴⁶ Estas compensações remuneratórias não são devidas relativamente a equipamentos e suportes adquiridos por organizações de radiodifusão ou produtores de fonogramas e de videogramas exclusivamente para as suas próprias produções; são igualmente isentas determinadas entidades, nomeadamente organismos que os utilizem para fins exclusivos de auxílio a pessoas portadoras de deficiências (art. 4.º, 1).

4.2. A europeização do direito de autor é realizada num contexto de internacionalização da propriedade intelectual resultante do Acordo ADPIC/TRIPS. Em larga medida, este Acordo parece conceber os direitos de autor como meras mercadorias de comércio e os direitos de autor como privilégios comerciais, segundo a mais estrita concepção de copyright (desde logo eclipsando os direitos morais dos autores). Natureza essa que, não obstante a filosofia de livre comércio que informa o GATT no sentido da eliminação ou redução das tarifas alfandegárias e de outras barreiras aduaneiras, se revela também no não esgotamento internacional do direito de distribuição, bem como na subordinação das excepções aos direitos de autor à regra dos três passos segundo as exigências do comércio mundial. Todavia, estas exigências não deverão por em causa o imperativo da interoperabilidade informática nem a liberdade de navegação na Internet tal como previstos no direito comunitário, no sentido da licitude dos actos de reprodução meramente técnica e de descompilação de software. Além disso, os interesses do comércio mundial não deveriam sobrepor-se ao interesse geral dos Estados-membros da UE, ainda que dentro dos limites definidos pelo direito comunitário, no que respeita às excepções aos direitos e ao regime das protecções tecnológicas e contratuais. Nesse sentido aponta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que parece estar já a funcionar como “guardião” do direito comunitário contra a “invasão” do direito da OMC. O que será importante desde logo para preservar um espaço de liberdade não subjugado aos ditames do comércio mundial e não obstante a índole já mercantil (embora híbrida) do próprio direito comunitário.

4.3. Um dos domínios em que esse espaço de liberdade terá mais impacto no futuro das comunicações electrónicas em rede será, justamente, a cópia privada. Em Portugal, o Código do Direito de Autor foi alterado pelo instrumento de transposição da directiva comunitária, tendo consagrado, *inter alia*, a licitude da reprodução para uso privado dentro de certos limites. Sendo reprodução e uso privado conceitos normativos, o Código permitiu essa faculdade, em troca por uma compensação equitativa, e estabeleceu um mecanismo de resolução de litígios em ordem a efectivar essa possibilidade. De todo o modo, segundo a solução da lei interna, a reprodução para uso privado não é um acto inteiramente excluído do círculo de relevância dos direitos de autor, não obstante estes serem reduzidos a uma pretensão remuneratória ou compensação equitativa. Parece mesmo afirmar-se como um direito subjectivo, judicialmente sindicável, que estabelece limites à liberdade contratual e prevalece sobre as medidas técnicas de protecção. Assim, a resposta portuguesa para o dilema comunitário, não obstante a crítica dos que pretendem erradicar a cópia privada e combater o chamado “woodstock electrónico” da livre partilha

mediante sistemas P2P – e que lograram obter algumas decisões favoráveis no direito comparado -, terá do seu lado a opinião de todos quantos clamam contra os perigos de uma propriedade invasora da privacidade e cerceadora da liberdade de expressão, de informação e de aprendizagem, e que apontam alternativas baseadas sobretudo em sistemas de compensação pela reprodução para uso privado, tendo em conta também experiências do direito comparado. Seria esse, aliás, o sentido da solução da directiva ao estabelecer um preço à liberdade de cópia privada que é a atribuição de uma compensação equitativa aos autores e outros titulares de direitos, independentemente de prova de prejuízos. Essa solução compensatória foi seguida em Portugal, não obstante ser duvidoso que o sistema estabelecido tenha tirado pleno partido dessa via, já que deixa de fora *tout court* equipamentos de fixação e reprodução digitais, para além de não sujeitar à compensação poderosos suportes digitais disponíveis no mercado e de utilização corrente. Ao ponto de se poder dizer que, se a referida compensação fosse um “imposto”, então o sistema teria consagrado um *benefício fiscal* para a tecnologia digital em nome da sociedade da informação. Mas, assim como não é certa a natureza tributária da compensação, também não está garantida a conformidade do sistema compensatório previsto com as exigências da directiva comunitária, que aponta o maior impacto económico dos novos suportes e equipamentos de reprodução.

Resumo: Os direitos de autor constituem um dos alicerces fundamentais do direito comunitário da sociedade da informação. Num tempo de globalização dos interesses (e privilégios) do comércio mundial, baseados principalmente na instituição funcional da propriedade intelectual enquanto *ius excluendi omnes alios*, o direito comunitário consagra essa orientação geral, embora ressalve um espaço de liberdade para fins de interesse geral e de salvaguarda da vida privada, mediante um sistema de compensação equitativa. Desse espaço de liberdade (ainda que remunerada) tira partido o direito interno, impondo limites à liberdade contratual e às medidas tecnológicas de protecção no sentido de o preservar, em nome de valores que integram a tradição nacional do direito de autor, embora pudesse ter explorado mais justamente o sistema de compensação equitativa.